

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	EVA PATRICIA NAVAS MONTENEGRO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310501820190063001
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 414

En Santiago de Cali, a los dieciocho (18) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 133 del 30 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a Dimer Alexis Salazar Manquillo, como apoderado judicial sustituto de Colpensiones, de conformidad al memorial poder allegado por correo electrónico el 30 de noviembre de 2020.

## **SENTENCIA No. 305**

### **I. ANTECEDENTES**

**EVA PATRICIA NAVAS MONTENEGRO** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** –, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS porque las AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones y adujo que no se demostró la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

**COLFONDOS S.A.** se opuso a las pretensiones y expuso que no existió omisión por su parte al momento de entregar a la demandante toda la información que ésta requería para que tomara una decisión referente al traslado entre administradoras, de manera informada, por tanto, aduce que actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por la demandante, siendo ésta quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen y, no puede la actora después de 25 años endilgarle responsabilidad a una decisión propia y autónoma. Propuso la excepción de prescripción de la acción, entre otras.

**PORVENIR** se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante no demostró la causal de nulidad que invalide la afiliación válida al RAIS. Indicó que la demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándole el derecho de retracto.

Dijo que no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que la demandante tiene capacidad para elegir a cuál régimen afiliarse y era su deber informarse respecto al acto de afiliación que incidía en su futuro; que no existe norma que disponga la nulidad de la afiliación por ausencia de información; que el actuar suyo fue de buena fe. Propuso las excepciones de prescripción de la acción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó EVA PATRICIA NAVAS MONTENEGRO del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de los gastos de administración debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio. Igualmente condenó a COLFONDOS a devolver los gastos de administración debidamente indexados con cargo a su patrimonio durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a esta AFP.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de COLFONDOS señaló que no hay lugar la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, le es dable a los fondos de pensiones generar los descuentos por comisión de administración, pues así también lo dispone la Superfinanciera. Indicó que el 3% del IBC se destina para gastos de administración y para el seguro previsional, el cual se paga mes a mes a una aseguradora para en caso de ocurrir un siniestro por invalidez o sobrevivencia, se cubra la suma adicional.

Adujo que durante el tiempo en que la actora ha estado afiliada a COLFONDOS se ha realizado la administración de los recursos con la mayor diligencia y cuidado, pues la AFP es una entidad experta en inversiones financieras, lo cual se evidencia en los buenos rendimientos generados. Que únicamente es procedente devolver los aportes más los rendimientos pero no la devolución de los gastos de administración, pues son comisiones generadas durante la administración conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil que trata de los efectos de la declaratoria de la nulidad y no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y rendimientos.

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional, fue libre y voluntaria y, su representada cumplió con las obligaciones que le correspondía en cuanto a la información establecida en las normas vigentes para la época del traslado en el año 2002, de allí que, la actora recibió una información veraz y suficiente para comprender las consecuencias de su afiliación al RAIS. Que para dicha época no existía la obligación de documentar la información brindada para el traslado, pues bastaba con la firma del formulario en el que se manifestaba que la afiliación se hacía de manera libre y voluntaria como lo establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo tanto, se exige un imposible jurídico ya que tal obligación surgió tiempo después de la afiliación.

Dijo que el deber de información no es unilateral, pues la demandante estaba en la obligación de informarse sobre las consecuencias pensionales al tratarse de una persona que goza de plena capacidad en los términos del artículo 1.502 del Código Civil. Que la actora ratificó por más de 20 años su permanencia su permanencia en el RAIS al trasladarse entre AFP.

Con relación a la orden de devolver los rendimientos, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, no es procedente porque si la afiliación es nula, se entendería que el vínculo nunca existió, es decir, que no se administró los aportes y no surgieron los rendimientos que se obligan a devolver, rendimientos que se generaron por la debida administración; que tampoco es procedente devolver como parte de las restituciones mutuas, los gastos de administración y los pagos de las primas de seguros previsionales, pues ya fueron invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran en poder de su representada.

Asegura que su prohijada siempre actuó de buena fe, con transparencia y rectitud.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos:

### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE**

El apoderado judicial de la parte demandante presentó escrito de alegatos y señala que la sentencia de primera instancia se debe confirmar porque las AFP demandadas incumplieron el deber de información y buen consejo, de acuerdo a las cargas impuestas por la Jurisprudencia y la Ley.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

El apoderado de Colpensiones indica que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva de la actora y, además no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; por ello no está en la obligación su representada el realizar el traslado del RAIS al RPM. Que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

### **ALEGATOS DE PORVENIR**

El apoderado de Porvenir aduce que su representada siempre actuó de buena fe en relación a la afiliación que realizó la demandante de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos

establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

Dijo que al momento de la afiliación a la demandante se le brindó de manera verbal toda la información necesaria para entender la condiciones y consecuencias de la afiliación ante Porvenir y para dicho momento, no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se brindaba al potencial afiliado, pues el único documento que se exigía para efectuar el traslado era el formulario de afiliación, por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que este documento no es prueba suficiente, imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación. Que las obligaciones de explicar las consecuencias del traslado de régimen y de entregar cálculos no estaban vigentes al momento del traslado.

Que no está obligada a devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración en relación con los periodos en los que administró los recursos de la demandante, pues no es una consecuencia lógica que pueda desprenderse de la correcta aplicación de los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, normas de carácter legal que regula los efectos de la declaratoria de nulidad. Que tampoco es posible devolver las primas de los seguros previsionales.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS y PORVENIR. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la

orden que se le impuso a COLFONDOS y a PORVENIR de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y rendimientos.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, de allí que, no le asiste razón a la apoderada de PORVENIR al indicar que su representada está en igual posición con el demandante.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarle, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, contrario a lo que alega PORVENIR, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al

deber de información que le asiste a los fondos de pensiones desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a los fondos privados, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

**COLFONDOS** y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de la apoderada de PORVENIR con el que indica que la demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber

recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo que procede entonces, es la ineficacia de la afiliación, nulidad o ineficacia del traslado, como se quiera denominar. La Sala considera que el uso del término nulidad de traslado se abordó como una consecuencia de la trasgresión del deber de información, se entiende que nulidad de traslado e ineficacia del traslado en este proceso se expusieron como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas.

Respecto a esa diferencia entre nulidad relativa y absoluta, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral precisó en la sentencia CSJ SL4369 de 2019 que:

*“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. **Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.***

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección*

*de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.*

*Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.*

*En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.*

*Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.”*

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **COLFONDOS** y **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración ni los rendimientos, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones

con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. en la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

*“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).*

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; por tanto, devolver los gastos de administración de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y

sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS y PORVENIR y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 133 del 30 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS y PORVENIR y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

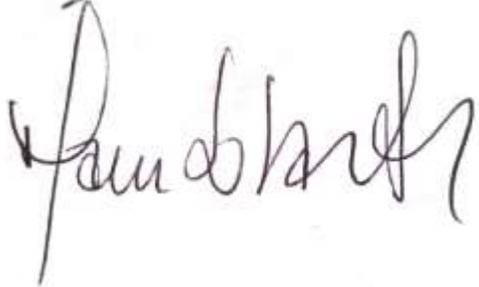
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

**Firmado Por:**

**GERMAN VARELA COLLAZOS**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**fb2dafc99274338734aaa57f842d1f0b2cd7e7758c878a3af91eab26975c  
cbd9**

Documento generado en 18/12/2020 10:11:26 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**