

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARITZA LÓPEZ IBARRA
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	76001310501820180070001
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. 60

En Santiago de Cali, a los cinco (05) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), 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. 226 del 22 de septiembre 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.

SENTENCIA No. 47

I. ANTECEDENTES

MARITZA LÓPEZ IBARRA 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 es la entidad competente para declarar la nulidad del traslado de la demandante por cuanto no se ha probado ni declarado un vicio en el consentimiento de la demandante al momento de cambiar de régimen pensional y afiliarse a **PORVENIR S.A.**.

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 que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS y luego a PORVENIR, toda vez que tanto PORVENIR S.A como su representada COLFONDOS S.A., capacitan debidamente a sus asesores comerciales antes que sean autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administran, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada. Que a la demandante se le suministró toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, enterándola sobre las características y particularidades del mismo, para que escogiera la opción que más se adaptara a sus intereses. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante no demostró la causal de nulidad que invalide la afiliación valida 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 MARITZA LOPEZ IBARRA 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 el actor estuvo afiliado 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. Que el descuento de los gastos de administración fueron con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS, máxime cuando son necesarios para el manejo de las cuentas individuales de cada afiliado, de manera que la demandante vio los resultados a través de los rendimientos generados que acrecentaron los ahorros de su cuenta individual.

Que el artículo 1.746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, por lo tanto, si se obliga a devolver lo descontado por cuotas de administración, también deberá la actora devolver los rendimientos generados en su cuenta.

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y manifestó que no es la entidad quien debe probar la información dada a la demandante, pues le corresponde a la parte actora probar que hay error en el consentimiento y estar soportado con las pruebas del proceso. Dijo que el deber de información debe estar sometido a las normas vigentes al momento del traslado de régimen y que, el contrato de afiliación determina la forma de financiación de la pensión sin que ello involucre el derecho subjetivo sobre el afiliado.

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 COLPENSIONES

El apoderado judicial de Colpensiones presentó escrito de alegatos y adujo que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva de la actora y, además no podrá 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 en 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 administrado por PORVENIR S.A..

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. manifiesta que obró conforme al Decreto 656 de 1994 que regía para el momento de la afiliación de la actora en el año 1999, explicando las características de cada uno de los regímenes pensionales, sin que le fuera exigible entregar una

información bajo los parámetros indicados en la demanda y en la sentencia de instancia, lo cual solo se dio hasta la expedición del Decreto 2071 de 2015. Entonces, aduce que su representada cumplió con la carga que le correspondía de acuerdo con la normatividad vigente en el momento que la demandante se vinculó ante Porvenir, permitiéndole tomar una decisión libre, informada y sin presiones, lo cual quedó plasmado en el formulario de afiliación, único documento que se exigía para el traslado, por lo que se le debe el adecuado valor probatorio.

Que debe tenerse en cuenta el tiempo que transcurrió entre la afiliación y la presentación de la demanda, así como los traslados entre AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que supone el deseo incuestionable de continuar afiliado al RAIS al conocer su funcionamiento, beneficios y desventajas. Dice que la actora tenía el deber de informarse e ilustrarse acerca de la escogencia de su régimen pensional, el cual pretende cambiar mediante esta demanda por razones de carácter económico.

Alega que no se puede condenar a su prohijada a trasladar los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, pues se parte de que la afiliación a Porvenir realizada por la actora surtió plenos efectos y se ajustó a la normatividad, por cuanto se produjo como una manifestación de su voluntad libre de cualquier vicio. Que al regresar al estado de cosas en el que se encontraba la actora antes de realizar su afiliación al R.A.I.S., no habría lugar a retornar rendimientos que, siendo jurídicamente técnicos, nunca hubieran existido y los gastos de administración tampoco proceden por no ser una consecuencia que se desprenda de los artículos 1746 y 1747 del Código Civil ni de las normas que regulan las restituciones mutuas. Así mismo, tampoco es procedente que deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, por cuanto ya no están en su poder, sino en el de

la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte.

Que se debe aplicar la figura de la prescripción de la acción de nulidad, la cual si es imprescriptible contrario al derecho pensional.

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE

La apoderada judicial de la demandante insiste en que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que quedó plenamente comprobado que la parte demandada no cumplió con el deber de información que le asistía para con la señora MARITZA LOPEZ IBARRA , lo cual le causó un grave perjuicio para su pensión de vejez.

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 de devolver los gastos de administración y a PORVENIR también sobre los gastos de administración y sobre los 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 es 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 la demandante estuvo afiliada 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 a la 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 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 desvirtuarlo 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., así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que 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 el 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:**

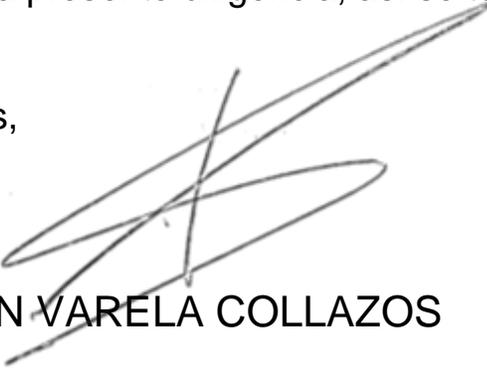
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 226 del 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

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.

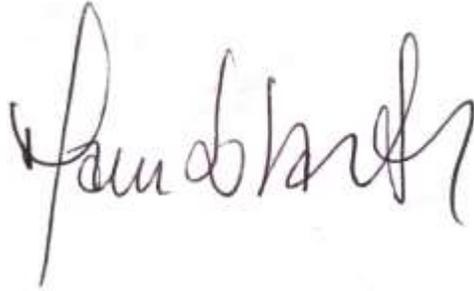
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

**d9f61cd53cac3902cee523e0677276e416853b4eb33bfaad55ba8c454d
5e5f94**

Documento generado en 05/03/2021 01:03:59 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**