

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	DIEGO JARAMILLO ARIAS
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A..
RADICACIÓN	76001310501820190068501
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. 63

En Santiago de Cali, a los cinco (5) 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**, así como la consulta a favor de **COLPENSIONES** de la sentencia condenatoria No. 210 del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a Esthefanía Rojas Castro, como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, de conformidad al memorial poder allegado por correo electrónico.

SENTENCIA No. 50

I. ANTECEDENTES

DIEGO JARAMILLO ARIAS demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**– en adelante **PROTECCIÓN** – y a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **SKANDIA** –, 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 **SKANDIA** 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 de la afiliación y el traslado de los aportes del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que no se ha probado ni declarado un vicio en el consentimiento del actor al momento de decidir cambiar de régimen pensional.

Indicó que al 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.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a dicha AFP porque fue realizado con el lleno de los requisitos legales y por lo tanto, la selección del régimen la realizó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones con total ausencia de causales de nulidad, a lo que se suma el hecho que el actor no manifestó su deseo de retractarse del traslado. Que el demandante para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no cumplía con el requisito de los 15 años de servicios, tal y como lo señalan las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

SKANDIA se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante al momento de afiliarse a su prohijada, venía de estar afiliado a PROTECCIÓN, por ende tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas y características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, la asesoría se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el actor, pues las características en materia pensional era las mismas, la diferencia radicaba en la rentabilidad. Propuso las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó DIEGO JARAMILLO ARIAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y condenó a SKANDIA a 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 PROTECCIÓN 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 judicial de SKANDIA interpuso el recurso de apelación y señaló que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración indexados que son descontados en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y así lo ha manifestado la Superintendencia Financiera de Colombia, pues de ellos se han pagado los seguros de muerte e invalidez y se han utilizado para administrar la cuenta de ahorro individual del demandante. La orden dada constituye un uso de las facultades ultra y extra petita, por cuanto no fue pedido en la demanda y viola el derecho al debido proceso y el de defensa y contradicción. Alega que hay prescripción de los gastos de administración.

Aduce que las situaciones fácticas que se plantearon en este proceso en cuanto a la nulidad del traslado de régimen no se comparan con las tesis sostenidas en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Solicita

que se absuelva de costas y agencias en derecho por cuanto no participó en el traslado de régimen del actor.

La apoderada de PROTECCIÓN señaló que no hay lugar la devolución de los gastos de administración indexados teniendo en cuenta que de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, 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. A lo que se suma el hecho que el demandante no se encuentra afiliado a su prohijada.

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

La apoderada judicial de Colpensiones reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en cuanto a la no procedencia de la nulidad ni del traslado de régimen pensional.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN y SKANDIA. 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 PROTECCIÓN y a

SKANDIA de devolver los gastos de administración indexados y los rendimientos. También se resolverá si se debe o no revocar la condena en costas que se le impuso a SKANDIA y si prospera o no la excepción de prescripción.

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 SKANDIA 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 alegan las demandadas, 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, SL19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PROTECCIÓN y SKANDIA no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al 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 el 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 del 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 del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo tanto, no le asiste razón a la apoderada de SKANDIA en cuanto a que el presente caso no se ajusta a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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 **PROTECCIÓN** y **SKANDIA** 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 al 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. No le asiste razón a las recurrentes al indicar que

no es procedente devolver los gastos de administración por las razones indicadas.

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. Por lo tanto, tampoco están prescritos los gastos de administración, pues las cosas deben volver al estado anterior como se expuso anteriormente.

Por último, en lo referente a las COSTAS impuestas a SKANDIA, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y SKANDIA y a favor del 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

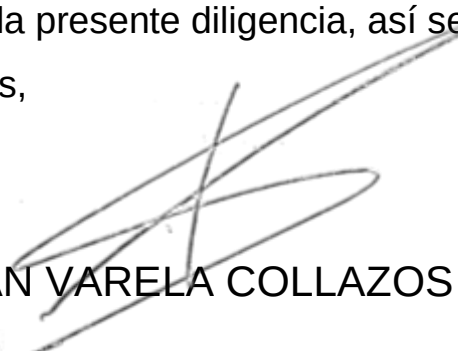
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 210 del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

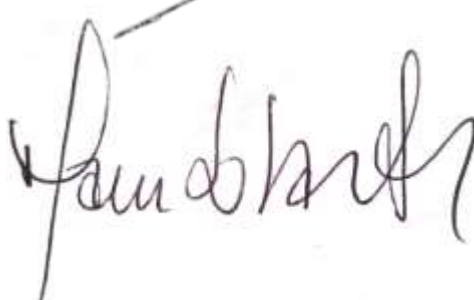
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y SKANDIA y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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:

**61ae8aabdf45195cb442e64fd81acbf9c3348e67112a4191ce797c016c5
56d42**

Documento generado en 05/03/2021 01:04:02 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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