

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	HÉCTOR DE JESÚS ARANGO MARÍN
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. VINCULADA: COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
RADICACIÓN	76001310500120200010001
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. 286

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de junio 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última entidad en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 54 del 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a Alejandra Murillos Claros, como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, de conformidad al memorial poder allegado por correo electrónico.

SENTENCIA No. 221

I. ANTECEDENTES

HÉCTOR DE JESÚS ARANGO MARÍN demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – 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 PORVENIR no cumplió 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 opone a las pretensiones y adujo que la selección de cualquiera de los dos regímenes pensionales es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria y, no obra en el plenario prueba alguna que soporte que la voluntad del demandante al momento de su afiliación hubiere estado viciada; que el acto jurídico de traslado es válido conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Dijo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que no hay lugar a la nulidad y/o ineficacia pretendida porque no se demostró la causal de que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el RAIS, no se acredita por el demandante la existencia alguna de un error como vicio en el consentimiento, por cuanto las condiciones, características,

ventajas y desventajas del régimen cuentan con consagración legal y son de público conocimiento, por lo que no se puede excusar en ello para alegar la ineficacia o nulidad de la afiliación. Señala que el traslado de régimen se dio a COLFONDOS y no a PORVENIR, pues en junio de 1999 fue que el demandante se trasladó horizontalmente a PORVENIR, momento en el que se le dio la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de continuar en el RAIS. Propuso las excepciones de cobro de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe.

El juzgado de conocimiento mediante el Auto No. 2992 del 4 de diciembre de 2020 ordenó la vinculación de **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** -, quien se opuso a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al RAIS, porque sí le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse al RAIS, en la que se le informó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo y las diferencias con el RPMD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y la rentabilidad que producen los aportes.

Que no puede pretender la parte actora dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios del demandante trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues el actor dentro del plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó HÉCTOR DE JESÚS ARANGO MARÍN 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 con cargo a su propio patrimonio. Igualmente condenó a COLFONDOS a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y manifestó que no hay lugar a declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado porque el demandante tomó esa decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones, en virtud a libre escogencia de régimen pensional, razón por la cual no se puede alegar vicio en el consentimiento y tampoco existen razones fácticas ni jurídicas para afiliar al actor al régimen de prima media por estar válidamente afiliado al RAIS y tener prohibido el traslado por disposición de la Ley 797 de 2003. Solicitó en caso de que se confirme la ineficacia del traslado, que se modifique la sentencia, en el sentido que los dineros a devolver deben ser indexados, conforme lo ha establecido la jurisprudencia.

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada de las condenas de la sentencia. Dijo que la información dada al actor al momento del traslado horizontal entre AFP fue de manera verbal pues no existía la obligación de dejar documentada la asesoría que se le brindaba

al potencial afiliado, toda vez que el único documento exigido era el formulario de afiliación, por lo que no resulta procedente alegar que este documento no es prueba suficiente. Que PORVENIR cumplió con todas las obligaciones consagradas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 que establecía un deber de información diferente al señalado en el Decreto 2071 de 2015.

Aduce que de los hechos de la demanda no se expone ningún tipo de inconformidad o reclamo que se le haya realizado a PORVENIR antes de presentar la demanda, pues la nulidad que se reclama es porque el actor está cerca de su derecho pensional y el querer retornar al RPMD no obedece a la falta de información sino a un carácter económico por el monto de la pensión, la cual se calcula de forma diferente en los dos regímenes pensionales y, estamos frente a una persona capaz conforme al artículo 1.502 del C.C. para tomar la decisión en cual régimen quiere estar y aceptar las condiciones para pensionarse, la libertad de afiliación esta en cabeza del afiliado.

Que se debe dar aplicación a la prescripción de la acción, pues en este caso no es sobre el derecho a la pensión sino sobre la nulidad de la afiliación con el fin de obtener un mayor valor, por tanto en su sentir no puede afirmarse que es imprescriptible.

Con relación a las condenas dijo que si se declara la ineficacia todo vuelve a su estado normal y significa que el actor nunca estuvo afiliado al RAIS y no tuvo rendimientos, por tanto, lo único que se debe devolver es el valor de los aportes realizados; que tampoco es procedente devolver los gastos de administración por estar autorizados por la Ley y porque de ellos se ha pagado los seguros previsionales y retornarlos sería un imposible jurídico y constituye un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones. Trae como argumento una jurisprudencia de este Tribunal.

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 alegatos los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Su apoderada judicial reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación y solicita que se absuelva de la condena impuesta por costas procesales.

ALEGATOS DE PORVENIR

Su apoderada judicial reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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 régimen de prima media con prestación definida 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 PORVENIR de devolver los rendimientos y gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y si deben devolverse indexados. Igualmente se resolverá si se debe revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR y COLPENSIONES.

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.

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 COLPENSIONES y 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. En consecuencia, si bien

el formulario es un documento válido, con él no se supe la información que debió brindar el fondo de pensiones al actor al momento del traslado de régimen.

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, entre otras.

COLFONDOS y **PORVENIR** 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 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 del 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 la 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 **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora 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 a Colpensiones 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.. La Sala acoge lo sostenido en la sentencia SL4360 de 2019 se 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).

Dicha posición es la que acoge la Sala, 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, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3207-2020, entre otras. En tal sentido se adiciona la sentencia. Se aclara que solo se ordena la indexación sobre los gastos de administración, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia citada.

Lo anterior permite indicar que no le asiste razón a COLPENSIONES, cuando indica que la ineficacia del traslado declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la sentencia ordenó a PORVENIR trasladarle todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos.

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 último, en lo referente a las COSTAS impuestas a las demandadas, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, 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, toda vez que las demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. Sin costas a cargo de COLPENSIONES, por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

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: PRECISAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 54 del 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que PORVENIR y COLFONDOS deben devolver el porcentaje de los gastos de administración debidamente indexados, por los periodos en que administraron las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. Sin costas a cargo de COLPENSIONES, por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

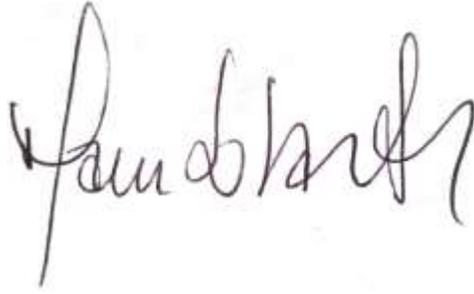
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

**5b10e011416b4e0d71c129441c8a8407eaaa2b60343b6bdead
ec199b5316fac0**

Documento generado en 30/06/2021 09:42:38 p. m.

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

a