

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JAIME ORREGO GAVIRIA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A..
RADICACIÓN	76001310500420180055401
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. 273

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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 85 del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 208

I. ANTECEDENTES

JAIME ORREGO GAVIRIA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos financieros.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones y expuso que al momento de la afiliación del demandante al RAIS le ofreció una asesoría de acuerdo a la normatividad vigente, con profesionalismo y transparencia, dada las constantes capacitaciones que reciben sus ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones y al marco legal que lo regula. Que solo hasta la expedición de la Ley 1478 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 resultó claro el deber de las AFP de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitiera conocer las consecuencias del traslado de régimen.

Aduce que el actor no puede pretender después de 18 años de su traslado de régimen, endilgarle o trasladarle a la AFP la responsabilidad de una decisión propia y autónoma; a lo que se suma que tuvo la facultad de retractarse de la afiliación y no hizo uso de ella. Afirma que el demandante está a menos de diez años del cumplimiento de la edad de pensión y por lo tanto se encuentra inmerso en la prohibición contenida

en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, siendo otra razón más para indicar que no resulta procedente el traslado de régimen pretendido.

Dijo que al demandante se le realizó el 1° de febrero de 2010 una proyección de la mesada pensional en ambos regímenes, en la cual se indicó que la pensión en el RAIS es inferior a la que le correspondería en el RPMD, y aun así decidió continuar afiliado a PROTECCIÓN, lo que permite indicar que fue ilustrado de manera suficiente sobre las bondades, beneficios, y limitaciones de los dos regímenes. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que el traslado del demandante al RAIS lo realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones; a lo que se suma que el actor se encuentra dentro del limitante que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de diez años de la edad de pensión y, tampoco reúne los presupuestos establecidos en la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

El Ministerio Público intervino y señaló en defensa de los intereses de Colpensiones, que no debe ser condenada en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó JAIME ORREGO GAVIRIA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado por el actor en la cuenta

de ahorro individual junto con los rendimientos y los gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PROTECCIÓN presentó el recurso de apelación y señaló que la afiliación del demandante fue realizada con todo el acompañamiento y profesionalismo, así como con la transparencia por parte de los asesores que son evaluados y sometidos a pruebas técnicas que permitan generar un verdadero conocimiento por parte de los presuntos afiliados; que el actor se trasladó antes de la Ley 1478 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, por lo tanto no era obligación de su representada realizar asesorías de manera escrita. Que Protección cuenta con un plan de pensiones debidamente autorizado por la Superintendencia Financiera.

Aduce que la parte actora no puede pretender luego que han transcurrido 18 años desde su traslado de régimen pensional, endilgarle a su representada la responsabilidad de una decisión propia y autónoma, pues nunca se le obligó para que se trasladara, pese a que luego de la asesoría brindada tuvo la oportunidad de determinar si lo que le ofrecía el RAIS era viable frente a sus intereses pensionales, lo cual nunca sucedió. Que también tuvo la facultad de retractarse de la afiliación suscrita y no hizo uso de tal derecho.

Reiteró que el demandante recibió el 1° de febrero de 2010 una proyección de la mesada pensional en ambos regímenes, en la cual se indicó que la pensión en el RAIS es inferior a la que le correspondería en el RPMD, y aun así decidió continuar afiliado a PROTECCIÓN, lo que permite indicar que fue ilustrado de manera suficiente sobre las bondades, beneficios, y limitaciones de los dos regímenes.

Frente a las condenas, aduce que no hay lugar a la devolución de los rendimientos y gastos de administración. Que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes, la que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media. Que su prohijada ha realizado la administración de los recursos del actor con la mayor diligencia y cuidado pues es una entidad experta en la inversión de recursos, lo que se ve reflejado en los buenos rendimientos financieros que se han generado en la cuenta de ahorro individual.

Afirma que en el evento de la declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual pero no los gastos de administración por ser comisiones ya causadas y se debe entender que la afiliación nunca existió y no se causaron rendimientos, ello en aplicación del artículo 1.746 del Código Civil que trata sobre las restituciones mutuas. Que ordenar tales devoluciones constituye un enriquecimiento sin causa a favor del demandante.

Solicitó que se absuelva a su representada de la condena en costas, por haber actuado de buena fe y no puede haber diferencia en cuanto a la condena impuesta a Colpensiones quien también se opuso a las pretensiones.

La apoderada de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la condena en costas porque no tuvo incidencia en el traslado de régimen del demandante y no aceptó el traslado solicitado conforme a lo expuesto por la ley pertinente.

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 señala que el traslado del demandante al RAIS goza de plena validez y no puede perderse de vista que existe imposibilidad del traslado por estar el actor a menos de diez años de la edad de pensión conforme lo establece la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN

Su apoderado judicial reitero los argumentos expuestos en el recurso de apelación sobre la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros.

ALEGATOS DEL DEMANDANTE

Su apoderada judicial solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto su representada no recibió la información necesaria, clara y detallada al momento de realizar el traslado de régimen.

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. 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 de devolver los gastos de administración y rendimientos y si prospera la excepción de

prescripción. Igualmente se resolverá si se debe revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

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 PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN 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 al fondo privado, 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 suple 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, SL19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, entre otras.

PROTECCIÓN no demostró que cumplió 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. Ahora, si bien el demandante recibió por parte de PROTECCIÓN una proyección de la mesada pensional el 1° de febrero de 2010 como se observa a folios 121 y 122 del expediente, se tiene que la debida información se debe garantizar es al momento del traslado, lo cual no ocurrió en el presente caso, y toda la información posterior al traslado está viciada por ausencia de la inicial que es la que da lugar a la declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de PROTECCIÓN con el que indica 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.

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 **PROTECCIÓN** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración ni los rendimientos, porque en su

sentir se constituye un enriquecimiento sin causa y un imposible jurídico, 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 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)”.

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 el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración se precisará la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de PROTECCIÓN S.A., tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, entre otras.

Respecto 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. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración.

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 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, toda vez que las demandadas se opusieron a las pretensiones de la demanda. En cuanto al valor de las costas que alega PROTECCIÓN, la Sala considera que no es el momento procesal oportuno para su discusión, pues de conformidad con el numeral 3° del artículo 336 del C.G.P. aplicable por analogía del artículo 145 del C.P.T. y S.S., las mismas se liquidan por el juez de primera instancia al momento en que queda ejecutoriada la providencia que ponga fin al proceso, y es entonces cuando la parte interesada podrá manifestar cualquier inconformidad al respecto mediante el respectivo recurso y no antes.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES 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: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 85 del 17 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES 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.

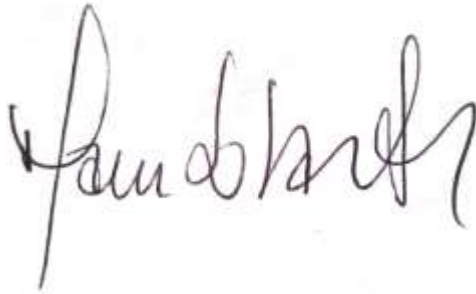
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

**af586c302f1ab12c034264bf9688d7eed163090c0e3fc25860a933dee63
8a748**

Documento generado en 30/06/2021 08:59:19 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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