

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARÍA NELLY MORENO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500120210011601
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. 335

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio 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 la apoderada judicial de PORVENIR y la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 116 del 25 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 257

I. ANTECEDENTES

MARÍA NELLY MORENO 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.

PORVENIR señala que no se opone ni acepta las pretensiones de la demanda porque van dirigidas en contra de un tercero y en relación con un trámite de afiliación realizado por la demandante, previó a que se encontrará en la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y en consecuencia, en caso de haber cumplido con los requisitos correspondientes debió haber sido válido el traslado. Que en todo caso, corresponderá al despacho validar si el traslado cobró o no efectividad conforme los requerimientos legales. Propuso la excepción de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones en cuanto a que se declare efectivo o eficaz el traslado suscrito por la demandante de la AFP Porvenir al ISS hoy Colpensiones, suscrito el 2 de noviembre de 2006, en el entendido de que la actora realizó su traslado inicialmente a Porvenir, de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 literales b) y e) de la Ley 100 de 1993, y que posteriormente efectuó diligenciamiento de formulario de afiliación, a fin de retornar al ISS hoy Colpensiones, sin embargo, cuando suscribió dicho documento no se percató que había un

error en el diligenciamiento de los datos y por ende el mismo no podría tenerse como válido, pues los apellidos no correspondían con el documento de identidad, así como posterior a ello, la actora no se acercó a una oficina de la administradora a fin de corroborar la efectividad de su traslado y subsanar cualquier inconveniente que se hubiere generado en el debido momento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó MARÍA NELLY MORENO 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.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y señala que las pretensiones de la demanda fueron formuladas a que se declare la efectividad del traslado que realizó la actora de PORVENIR a Colpensiones el 2 de noviembre de 2006 dentro del término oportuno, escenario diferente respecto a lo decidido por la juez sobre la ineficacia del traslado con su representada por una supuesta falta al deber de información, por lo tanto, aduce que se le vulneró el derecho de defensa

y debido proceso toda vez que el debate probatorio y la fijación del litigio se realizó en términos diferentes a lo fallado.

Que por lo anterior no es procedente declarar la ineficacia del traslado porque su representada no tuvo la oportunidad de su derecho de defensa en ese sentido y por ello no se opuso a las pretensiones de la demanda, tampoco sería procedente devolver los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora ni gastos de administración conforme al artículo 1.746 del Código Civil. Que no hay lugar ni siquiera a la condena en costas.

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 señala que no es procedente el traslado de régimen pensional de la demandante porque se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 al contar con 58 años de edad al realizar la petición de traslado, pues intento de regresar al régimen de prima media con prestación definida en el año 2006 no fue válida. Además aduce que la demandante no logró demostrar vicio alguno en que haya incurrido el fondo privado.

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 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. Igualmente se resolverá si se debe revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR. En primera medida se establecerá si la juez violó o no el derecho de defensa y debido proceso de PORVENIR al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando la demandante solicitó que se declarara eficaz el traslado Colpensiones que suscribió el 2 de noviembre de 2006.

La Sala considera que la juez de instancia no violó el derecho de defensa y debido proceso de PORVENIR al estudiar y declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante de Colpensiones a Porvenir, por cuanto lo hizo en uso de las facultades extra y ultra petita consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; a lo que se suma el hecho que PORVENIR al contestar la demanda sí presentó defensa en cuanto a la falta al deber de información, pues en el acápite de hechos, fundamentos y razones de derecho se pronunció acerca de que la AFP cumplió cabalmente con la obligación de brindar información a la demandante en los términos establecidos para la fecha del traslado; también señaló que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal, que la demandante contaba con plena capacidad para elegir y que tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico del traslado de régimen pensional y sus consecuencias.

Ahora, 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 perjudicarlo, 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, 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 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 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, entre otras.

PORVENIR no demostró que cumplió 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 **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales 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 1.746 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 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.

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 de la actora, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración 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 PORVENIR, 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.

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

V. DECISIÓN

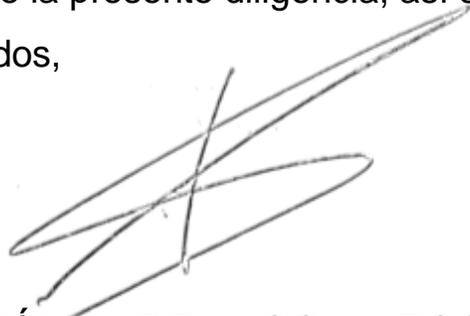
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 116 del 25 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

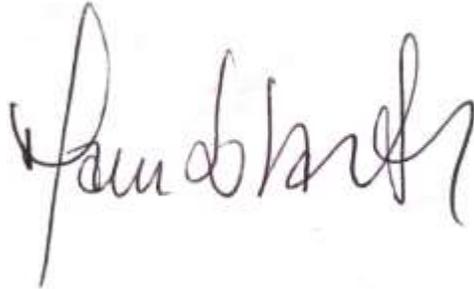
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr 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>.

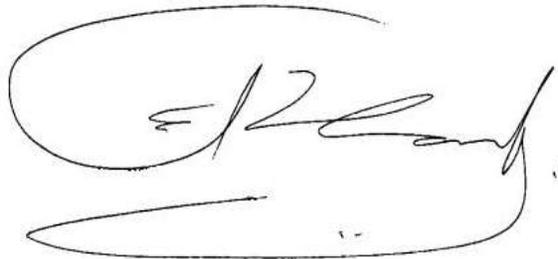
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
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:

**958e51eff76b00c1dba6d014de0191cb94883ed83836f5d2415
dc6a6d90ebf61**

Documento generado en 30/07/2021 09:45:06 PM

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

a