REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JORGE ENRIQUE ACOSTA ANGULO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500120210028701
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. 510

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 las apoderadas judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última de la sentencia condenatoria No. 206 del 30 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada ALEJANDRA MURILLO CLAROS para que actúe como apoderada judicial sustituta de Colpensiones, según el poder aportado mediante correo electrónico el 23 de septiembre de 2021.

SENTENCIA No. 389

I. ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE ACOSTA ANGULO 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 opuso a las pretensiones porque el traslado de régimen realizado por el demandante se realizó de forma libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR, actuación que es legal y tiene plena validez; que además no se demostró ningún vicio en el consentimiento y la selección de cualquiera de los regímenes pensionales es única y exclusiva del afiliado, por lo tanto, no está obligada en realizar el traslado de régimen que pretende el actor.

La demanda se tuvo por no contestada por parte de **PORVENIR** mediante el Auto No. 2849 del 17 agosto de 2021.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó JORGE ENRIQUE ACOSTA ANGULO 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, las sumas adicionales de la aseguradora y el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso el recurso de apelación y señaló que debe considerarse lo establecido en las sentencias C-1024 de 2004 y la SU-062 de 2010 en las que la Corte Constitucional indicó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los ahorros obligatorios de los otros afiliados, dado que el régimen subsidiado de prima media se descapitalizaría; que así mismo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia recordó que el derecho a la libre elección de regímenes pensionales no constituye un derecho absoluto y por el contrario se permiten algunas excepciones. Que en caso de confirmarse la sentencia, solicita que las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y demás dineros ordenados a devolver, sean debidamente indexados; pide se absuelva de las costas porque si bien se opuso a las pretensiones, no se puede desconocer que se debe a un deber legal, aunado a que no tuvo ninguna responsabilidad en la decisión del traslado de régimen.

La apoderada judicial de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia porque no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, pues la vigente para el momento del traslado de régimen del demandante fue proferida en el año 1994 y solo hasta el año 2010 es

que se considera obligatorio informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, de esta manera considera que la afiliación del demandante sí cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado cuando la información se podía suministrar de manera verbal siendo completa, transparente y veraz y por lo tanto, la decisión del actor fue consiente y espontanea sin ningún tipo de presión o coacción para suscribir el formulario que cumplía con los requisitos señalados por la ley.

Afirma que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas, posición que ha reiterado la Corte Suprema de Justicia y debe tenerse en cuenta que no estamos frente a la presencia de un derecho pensional.

Que ordenar la devolución de los gastos de administración constituye una manifestación en contra de los intereses de su prohijada y no es procedente en atención a lo indicado en el artículo 1.756 del Código Civil sobre las restituciones mutuas, pues dichos gastos deben entenderse como las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo. Que tampoco se deben devolver los rendimientos, debido a que si la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo no existió, es decir no existió afiliación y sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual y no se generaron rendimientos. Respecto a la devolución de bonos pensionales, indica que de existir debe ser devuelto a la entidad que lo expidió.

Sobre las sumas adicionales de la aseguradora, señaló que no es procedente su devolución porque su representada ya pagó su costo y dichas sumas solo operan cuando existe el siniestro de invalidez y muerte del afiliado, lo cual no sucedió en este caso. Que dicha figura no

opera en el RPMD y por lo tanto, no puede ser devuelto a Colpensiones; como sustento de ello refiere una sentencia de este Tribunal proferida por el Magistrado Antonio José Valencia Manzano.

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 la demanda, lo alegado en la primera instancia y en el recurso de apelación.

ALEGATOS DE PORVENIR

La apoderada judicial de PORVENIR reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia y adiciona que la acción reclamada se encuentra prescrita.

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, las sumas adicionales de la aseguradora, los bonos pensionales y gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y si los valores deben devolverse indexados. Igualmente se resolverá si se debe revocar la condena en costas impuesta a las demandadas.

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, 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 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. 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.

PORVENIR 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.

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 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, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales si los hubiere a favor de Colpensiones como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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).*

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 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, 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. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

> *"Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible,* ***los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación****. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)."*

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 costas son objetivas y 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 en esta instancia, 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 el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 206 del 30 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que PORVENIR debe devolver el porcentaje de los gastos de administración debidamente indexados, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

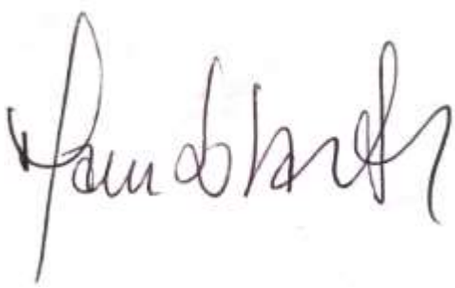
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. Sin costas a cargo

de COLPENSIONES en esta instancia, por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

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 - Valle Del Cauca

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:

c42a6633430b6845c4efc1eeecae630b5511bf14e46d43a9505c28091b8d13b9

Documento generado en 30/09/2021 08:05:56 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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