

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	SONIA CLEMENCIA DOMÍNGUEZ ROSERO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500520200013601
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. 219

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), 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 entidad en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 494 del 1 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 158**

### **I. ANTECEDENTES**

**SONIA CLEMENCIA DOMINGUEZ ROSERO** 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 al RAIS porque las AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

**PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones de la demanda y señala que actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por la demandante, siendo ella quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado su traslado con la firma del formulario de afiliación. Sumado a ello, afirma que la parte actora no puede pretender luego de que han transcurrido más de veinte (20) años desde su traslado de régimen pensional, endilgarle o trasladarle a la AFP la responsabilidad de una decisión propia y autónoma, pues nunca se le obligó, para que se trasladará de régimen pensional, 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. Que para el año 2010 le realizó una reasesoría a la actora donde se realizó una simulación pensional, frente a la cual no presentó objeción y decidió de manera libre continuar con la afiliación. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

**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 de la 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 la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó SONIA CLEMENCIA DOMINGUEZ ROSERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones con los rendimientos y los gastos de administración, sumas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, indexados con cargo a su propio patrimonio.

## **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y señala que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia como lo muestra la firma del formulario de afiliación, sin haber mostrado ningún tipo de inconformidad en la administración de sus recursos, razón por la cual la AFP privada es quien debe resolver su situación pensional. Aduce que declarar la ineficacia sin justificación afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y cita la sentencia T-489 de 2010.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN interpuso el recurso de apelación frente a la condena de devolución de los gastos de administración con cargo al propio patrimonio, por cuanto de cada aporte realizado por el actor del 16%, el 3% es destinado para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley; que en los casos en que se declara la ineficacia, únicamente es procedente devolver los aportes y los rendimientos financieros generados por la buena gestión de la AFP, pero no procede la devolución de los descontado por gastos de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual y como contraprestación a la buena gestión.

Que tampoco hay lugar a devolver la prima de seguros previsionales por haber sido pagadas a la aseguradora para cubrir las correspondientes contingencias, ni el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima.

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**

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 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, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados y con cargo a su propio patrimonio y; si prospera la excepción de prescripción frente a la acción y los gastos de administración.

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 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 las AFP 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 afiliada 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.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

*“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen,*

*que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.*

*Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”*

**PROTECCIÓN** no demostró que cumplió con el deber, que les 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. Lo anterior no se desvirtúa por la reasesoría brindada en el año 2010, pues la debida información es previo al actor de afiliación, se reitera.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de 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 **PROTECCIÓN** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, 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, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima 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)”*.

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

*“(..). También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.*

*Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el*

*afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)"*

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, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, 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, SL4025-2021, SL4062-2021, SL4175-2021, SL367-2022, entre otras.

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 PROTECCIÓN trasladarle todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora.

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).”*

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

## 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:**

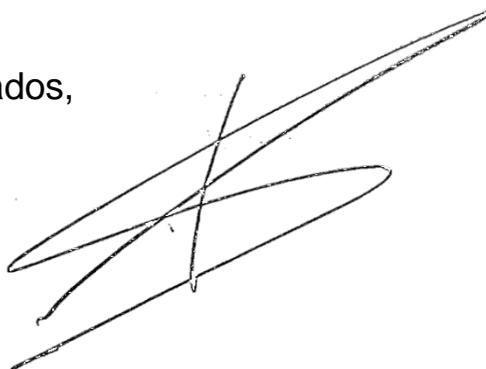
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 494 del 1 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

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

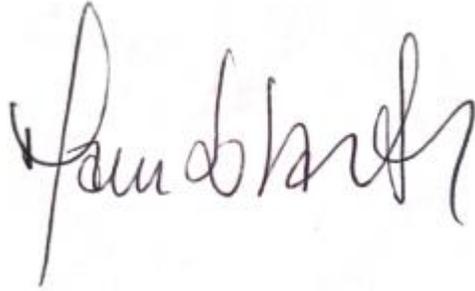
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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: **7604f889dfe11bc7b1fe4832008a27382e64fabbb700396ca27a192b226796fe**

Documento generado en 31/05/2022 11:38:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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