

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JORGE LUIS FERNÁNDEZ AGUDELO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP -. COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.. LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500120190080501
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 Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 341

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), 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 del demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última entidad en lo que no fue objeto de apelación de la

sentencia condenatoria No. 202 del 30 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 251**

### **I. ANTECEDENTES**

**JORGE LUIS FERNÁNDEZ AGUDELO** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** – en adelante **UGPP** -, a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** – 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 las AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **COLFONDOS** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

La **UGPP** se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen por encontrarse a menos de diez años al cumplimiento de la edad legal requerida para el reconocimiento de pensional, tal y como lo establece en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones y adujo que la selección de cualquiera de los dos regímenes pensionales es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria y, no obra en el plenario prueba alguna que soporte que la voluntad del demandante al momento de su afiliación hubiere estado viciada; que el acto jurídico de traslado es válido

conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Dijo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para trasladarse de régimen.

**PORVENIR** se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante no demostró la causal de nulidad que invalide la afiliación válida al RAIS. Indicó que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándole el derecho de retracto.

Dijo que no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que el demandante tiene capacidad para elegir a cuál régimen afiliarse y era su deber informarse respecto al acto de afiliación que incidía en su futuro; que no existe norma que disponga la nulidad de la afiliación por ausencia de información; que el actuar suyo fue de buena fe. Propuso las excepciones de prescripción de la acción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante Auto No. 1943 del 14 de septiembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS.

Por medio del Auto No. 2114 del 23 de septiembre de 2020, la Juez de instancia desvinculo a la UGPP del proceso.

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

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó JORGE LUIS FERNÁNDEZ AGUDELO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a COLFONDOS la devolución de todos los

valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. Igualmente condenó a PORVENIR a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esta AFP.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada del demandante solicitó que se condene en costas a COLPENSIONES de conformidad con el Código General del Proceso porque la entidad fue vencida en el proceso y se opuso a las pretensiones.

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y solicitó que se modifique la sentencia, en el sentido que los gastos de administración deben devolverse indexados, conforme lo ha establecido la jurisprudencia en la sentencia SL4964 de 2018, entre otras, pues no hacerlo constituye un detrimento patrimonial y afectaría la sostenibilidad financiera de la entidad.

La apoderada judicial de PORVENIR presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia y cualquier tipo de condena en contra de su prohijada. Dijo que no existen razones para declarar la nulidad del traslado porque cuando se realizó la afiliación del demandante se cumplió con las obligaciones a cargo de la AFP, como se observa en el formulario de afiliación que fue firmado por una persona capaz en los términos de los artículos 1.502 y 1.503 del Código Civil, ya que solo bastaba la firma del formulario de afiliación como lo indicaba el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Señaló que no se puede desconocer la voluntad del actor de permanecer en el RAIS, sin que a lo largo de los años haya mostrado su inconformidad; que su representada no tenía la obligación al momento del traslado de realizar una proyección de mesada.

Que la ineficacia implica que nunca hubo afiliación y que los aportes siempre fueron a una cuenta común como en el RPMPD, por lo tanto, alega que no se debe ordenar la devolución de los rendimientos, pues sino hubo afiliación no hubo rendimientos; que tampoco se deben devolver los gastos de administración que fueron descontados para administrar los recursos y se debe dar aplicación al artículo 1.746 del Código Civil que trata de las restituciones mutuas.

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

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**

El apoderado de Colpensiones presenta escrito de alegatos y expresa que el traslado de régimen que realizó el demandante tiene plena validez, pues posee el derecho a la selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes del sistema general de seguridad social en pensiones.

### **ALEGATOS DE PORVENIR**

El apoderado de Porvenir presenta alegatos y señala que su representada no vulneró ningún derecho de la demandante al no presentar información que no era exigida, teniendo en cuenta que, al momento de la afiliación del demandante, esto es, el 1 de junio del 2012, no existía disposición alguna respecto de la información que debían otorgar las AFP a los futuros afiliados.

### **ALEGATOS DE APODERADA DEL DEMANDANTE**

La apoderada de la demandante presentó alegatos y expresa que quedó demostrado que el actor recibió información errada motivada de engaños y no fue informado de las verdaderas implicaciones y diferencias entre ambos regímenes, ni en la vinculación inicial y mucho menos en las posteriores, por tanto, solicita que se confirme la sentencia de instancia.

## **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTO**

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 COLFONDOS. 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 COLFONDOS y a PORVENIR de devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y si deben devolverse indexados. Igualmente se resolverá si prospera la excepción de prescripción y si COLPENSIONES debe ser o no condenada en costas.

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 PORVENIR, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a los fondos de pensiones desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a los fondos privados, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la

afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

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.

**COLFONDOS** y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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 de PORVENIR 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 esa diferencia entre nulidad relativa y absoluta que trae de presente la apoderada de PORVENIR, 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 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 1746 del C.C. en la sentencia SL4360 de 2019 en la 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 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 precisa la sentencia.

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.

Frente a lo manifestado por la parte actora, la Sala considera que le asiste razón en cuanto a que se debe imponer condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**, toda vez que, las costas son objetivas y dicha entidad también fue vencida en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. En consecuencia, se adiciona el numeral cuarto de la sentencia para condenar a COLPENSIONES en costas.

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 y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR 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** los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 202 del 30 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que COLFONDOS y PORVENIR deben devolver el porcentaje de los gastos de administración debidamente indexados, por los periodos en que administraron las cotizaciones del demandante.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral sexto de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** en **COSTAS** en primera instancia a **COLPENSIONES** y a favor de la demandante.

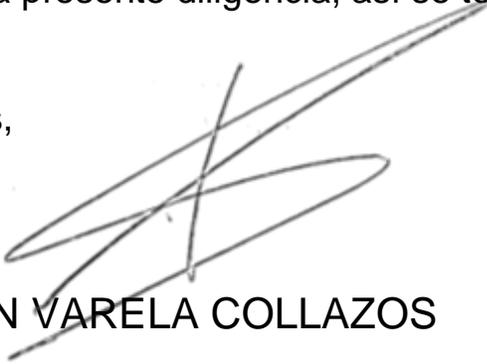
**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR 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.

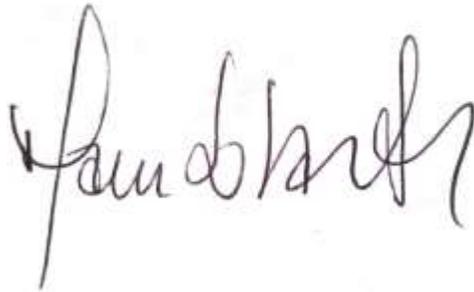
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

**2e246d464e8d5d4d05feb236cbbdc2d4a5c83e3bdbae47b686b71ef640**

**2205fa**

Documento generado en 30/11/2020 03:40:06 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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