

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

|            |                                                                                                                                                                                |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA                                                                                                                                         |
| DEMANDANTE | NESTOR ORLANDO CRUZ PÉREZ                                                                                                                                                      |
| DEMANDADO  | LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-<br><br>COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.<br><br>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. |
| RADICACIÓN | 76001310501120180033501                                                                                                                                                        |
| TEMA       | NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL                                                                                                                                       |
| DECISIÓN   | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.                                                                                                                    |

### AUDIENCIA PÚBLICA No.214

En Santiago de Cali, a los ocho (8) días del mes de septiembre 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 art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas y la consulta a su favor de Colpensiones en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 413 del 6 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

Se reconoce personería al Abogado ALEJANDRA MURILLO CLAROS en calidad de apoderado judicial sustituto de COLPENSIONES, en los términos del memorial poder presentado el 26 de junio de 2020.

## **SENTENCIA No.151**

### **I. ANTECEDENTES**

**NESTOR ORLANDO CRUZ PÉREZ** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS-**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA 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 **COLFONDOS** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

**COLFONDOS** y **PROTECCIÓN** se opusieron a las pretensiones indicando que el traslado del demandante se realizó con el lleno de los requisitos legales y su decisión fue libre, espontánea y sin presiones. **COLPENSIONES** indicó que la nulidad se debe probar y que el actor por estar próximo a cumplir la edad pensional debe permanecer en **COLFONDOS**.

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

El Juez declaró la ineficacia del traslado que realizó **NESTOR ORLANDO CRUZ PÉREZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y ordenó a **COLFONDOS** la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

con frutos e intereses, rendimientos causados, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, y a PROTECCIÓN la devolución de las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del demandante por el tiempo que este haya estado afiliado a cada una de las AFP del RAIS.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicitó que se revoque la condena en costas, porque no tuvo nada que ver con la decisión del demandante de trasladarse de régimen.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN Solicitó que revoque la sentencia, señalando que el afiliado se encuentra activo en COLFONDOS y su vinculación fue de manera libre y voluntaria. Dijo que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración por cuanto estos se generan para el manejo de los aportes, de los cuales el actor ha obtenido rendimiento en virtud al adecuado manejo que le ha dado la AFP a los aportes y ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa. Adujo que tampoco es viable la condena en costas porque siempre ha cumplido con sus obligaciones legales.

La apoderada judicial de COLFONDOS manifestó que si se confirma la decisión de declarar la nulidad de traslado, solo es procedente la devolución de los valores que existan en la cuenta individual del demandante con los rendimientos, pero que no es procedente que se ordene la devolución de las comisiones o gastos de administración, los cuales fueron descontados por su representada de acuerdo a la ley y como contraprestación de su buena gestión, que si se le ordenara devolver esos conceptos se estaría frente a un cobro de lo no debido y de un enriquecimiento sin justa causa. Dijo que se debe tener en cuenta

el art. 1746 del C.C. que trata de las restituciones mutuas, frutos y mejoras.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

### **ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.**

La apoderada judicial de Colfondos S.A. reiteró los argumentos expuestos en el trámite procesal, encaminados a que cumplió con el deber de información conforme a las normas vigentes; que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cual se evidencia con la firma del formulario; que era el demandante quien debió probar el supuesto engaño u omisión de la información; que el demandante no hizo uso del derecho de retracto; que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra prescrita, porque se ha superado el plazo de tres (3) años previsto en el artículo 151 del CPTSS y los cuatro (4) años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos.

### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN**

La apoderada judicial de PORTECCIÓN indicó que la afiliación del demandante a su representada fue por muy poco tiempo, cumpliendo ésta con todas las obligaciones a su cargo durante dicha afiliación, entre ellas, las respectivas asesorías y reasesorías frente a los cambios de fondo, debido a que la asesoría inicial para cambio de régimen pensional fue dada por COLFONDOS.

Dijo que trasladó los dineros de la cuenta de ahorro individual a COLFONDOS donde permanece afiliado el demandante, razón por la cual alega que no es procedente la condena de gastos de administración a cargo de su representada.

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

El apoderado judicial de Colpensiones indicó que el demandante posee el derecho a la selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones; que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su traslado, máxime que el monto pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía.

Solicitó que en el eventual caso que resulte una condena desfavorable para su representada, que se le ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado ahí.

## **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Sala resolverá es si se debe o no declarar la nulidad del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN y a COLFONDOS S.A., en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias; si se debe o no revocar la orden de devolver los gastos de administración, así como la condena en costas impuesta a

PROTECCIÓN y a COLPENSIONES; y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto del **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 es 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. El deber de información no se suple con los formularios de afiliación, ni con las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP, pues con estas se podría acreditar la firma del formulario, pero no el consentimiento ni la información brindada. Respecto al deber 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 y SL 1688 de 2019.

**PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** no demostraron que cumplieron 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.

Así las cosas, la Sala considera que el Juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

La nulidad del traslado conlleva la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, junto con las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., tal y como en varias oportunidades lo ha dispuesto la Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL17595-2017, que rememoró la sentencia SL del 8 sep. 2008 con rad. 31989, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019.

No le asiste razón a PROTECCIÓN cuando indica que se le debe revocar la orden de devolver los gastos de administración porque el demandante se encuentra actualmente afiliado a COLFONDOS, pues la orden que se le dio de devolver se sustenta en razón a que la nulidad es una consecuencia de conducta indebida de las administradoras, por tanto, debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión, por los gastos de administración en que incurrió el demandante cuando estuvo afiliado a PROTECCIÓN.

Es por lo anterior que se confirma el numeral tercero de la sentencia, pero se precisa en el sentido de indicar que los gastos de administración deberán ser devueltos por PROTECCIÓN y COLFONDOS con cargo a sus propios recursos.

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al

derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible.

En consecuencia, avalar la posición de **COLFONDOS** implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar el argumento de la recurrente y deberá confirmarse la sentencia apelada.

Finalmente, se confirma la condena en costas impuesta en contra de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN, toda vez que, las costas son objetivas y dichas entidades también fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron a las pretensiones de la demanda. Al respecto, el numeral primero del art. 365 del C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS 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.

#### **IV. DECISIÓN**

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, 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. 413 del 6 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN y a COLFONDOS de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su

propio patrimonio, por los periodos en que administraron las cotizaciones del demandante.

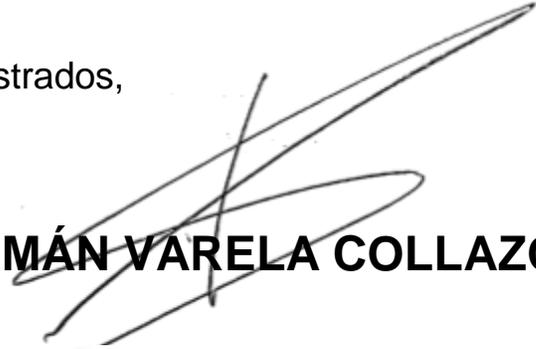
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN 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:

**7e42de5a88b160cb063acc1cd1a2dbe395c8f478d818b461a89fedc32b0b**

**395c**

Documento generado en 08/09/2020 01:44:27 p.m.