

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	IVÁN DARIO DUQUE JARAMILLO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500320200002201
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. 402

En Santiago de Cali, a los dieciocho (18) días del mes de diciembre 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 de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 280 del 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 293**

### **I. ANTECEDENTES**

**IVÁN DARIO DUQUE JARAMILLO** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **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 a **PROTECCIÓN** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos financieros.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones y adujo que los documentos aportados con la demanda, la parte activa no se logra si quiera inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

**PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que no existió omisión de su parte al momento de entregar al demandante toda la información que requería para tomar la decisión del traslado de régimen de manera informada. Que actuó de forma de manera profesional, transparente y prudente en el traslado del demandante, quien decidió hacerlo de manera libre y espontánea, por lo cual, no

puede luego de más 23 años endilgarle la responsabilidad de una decisión propia y autónoma, máxime cuando no hizo uso de la facultad de retractarse. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

Dijo que no es procedente que se trasladen sumas adicionales porque tales sumas son reconocidas por las aseguradoras que expiden el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó IVÁN DARIO DUQUE JARAMILLO 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 financieros y los gastos de administración.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que la afiliación del actor se realizó legítimamente y con fundamento en la libre escogencia del fondo de pensiones establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual en su sentir no puede predicarse la nulidad por vicio en el consentimiento al no existir razones fácticas ni jurídicas para afiliar al demandante cuando este se encuentra válidamente afiliado a otro fondo de pensiones.

La apoderada de PROTECCIÓN señaló que no hay lugar la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que de conformidad

al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, le es dable a los fondos de pensiones generar los descuentos por comisión de administración, pues así también lo dispone la Superfinanciera. Indicó que el 3% del IBC se destina para gastos de administración y para el seguro previsional, el cual se paga mes a mes a una aseguradora para en caso de ocurrir un siniestro por invalidez o sobrevivencia, se cubra la suma adicional.

Adujo que durante el tiempo en que el actor ha estado afiliado a PROTECCIÓN se ha realizado la administración de los recursos con la mayor diligencia y cuidado, pues la AFP es una entidad experta en inversiones financieras, lo cual se evidencia en los buenos rendimientos generados.

Que en el caso de mantenerse la nulidad o ineficacia del traslado, únicamente es procedente devolver los aportes más los rendimientos pero no la devolución de los gastos de administración, pues son comisiones generadas durante la administración conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil que trata de los efectos de la declaratoria de la nulidad y no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y rendimientos.

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 alegatos y solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía el demandante de la libre

escogencia del fondo de pensiones, razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicio en el consentimiento, por lo tanto no existen razones fácticas ni jurídicas para que su representada considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente afiliado en otro fondo de pensiones. De igual forma, el demandante nunca allegó solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional, tal y como lo consagra el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

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 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.

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 COLFONDOS 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 al fondo privado, 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.

**PROTECCIÓN** 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.

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, de allí que, no le asiste razón a Colpensiones en su apelación.

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, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa, en razón a que también recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, 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.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración se precisará la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de PROTECCIÓN.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN 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** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, 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 PROTECCIÓN 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.

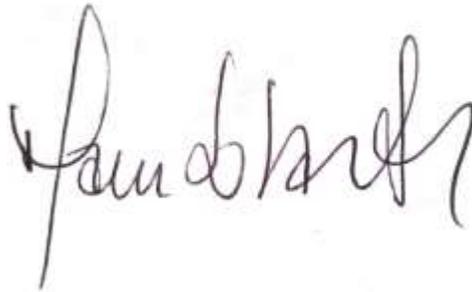
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

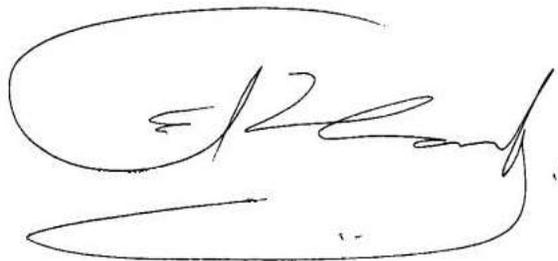
Intervinieron los Magistrados,



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:

**01ab4e33ec076678d8d49f150744899d6b8ca2a79110e6c3665cab48f20  
11188**

Documento generado en 18/12/2020 10:11:03 a.m.

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

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