

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LIVIA DE JESÚS MERCADO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.
RADICACIÓN	76001310500420190071101
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. 434

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 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. 81 del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 317**

### **I. ANTECEDENTES**

**LIVIA DE JESÚS MERCADO** 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 a Colmena hoy **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.

**PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones y expuso que no existió omisión de su parte al momento de entregar toda la información que requería la actora para que tomara su decisión de trasladarse al RAIS, en consecuencia, la AFP actuó de manera profesional, transparente y prudente para que la demandante decidiera de manera libre, espontánea y con consentimiento informado su traslado de régimen, a lo que se suma el hecho que la demandante no puede luego de 22 años pretender endilgarle a su representada la responsabilidad de una decisión propia y autónoma.

Dijo que la demandante tuvo la facultad de retractarse de la afiliación y no hizo uso de ella. Afirma que la demandante está a menos de diez años del cumplimiento de la edad de pensión y por lo tanto se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, siendo otra razón más para indicar que no resulta procedente el traslado de régimen pretendido. Propuso la excepción de prescripción, entre otras.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones y adujo que el traslado de la demandante al RAIS lo realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones; a lo que se suma que la actora se encuentra dentro del limitante que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de diez años de la edad de pensión y, tampoco reúne los presupuestos establecidos en la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

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

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó LIVIA DE JESÚS MERCADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y los gastos de administración.

## **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de PROTECCIÓN presentó el recurso de apelación en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración que es aquella que se cobra para administrar los ingresos de la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, de cada 16% del IBC se descuenta un 3% para gastos de administración y para pagar los seguros previsionales a la compañía de seguros, descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que opera para ambos regímenes, así que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros como contraprestación de una buena administración. Y, si la

consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y PROTECCIÓN nunca debió administrar los recursos de la cuenta de la actora, no se causaron rendimientos, no se cobró gastos de administración; a lo que se suma que el artículo 1.746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, por ello, aunque se declare la ineficacia no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, por lo que en su sentir los gastos de administración deben conservarse.

El apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y señala que de las pruebas e interrogatorio de parte no se estableció que la información no se le dio a la demandante al momento del traslado de régimen, ello por la inversión de la carga de la prueba.

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 apoderado judicial solicita que se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda.

### **ALEGATOS DE PROTECCIÓN**

El apoderado judicial de Protección reitera que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración.

### **ALEGATOS DE LA DEMANDANTE**

Su apoderada judicial solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

#### **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 y rendimientos y si prospera la excepción de prescripción.

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 PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN 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 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 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 a la actora 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.

**PROTECCIÓN** no demostró que cumplió con el deber, que le 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de PROTECCIÓN y COLPENSIONES con el que indica 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 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 el 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 la 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 ni los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin causa y un imposible jurídico, 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 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)”*.

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.

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 S.A., tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, entre otras.

Respecto 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES 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.

## 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. 81 del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

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

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

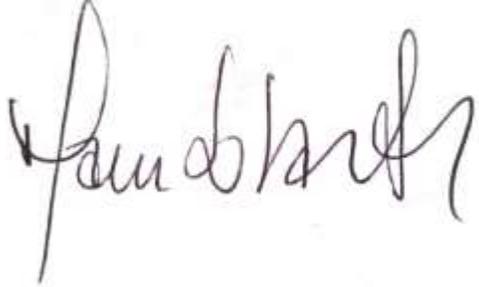
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

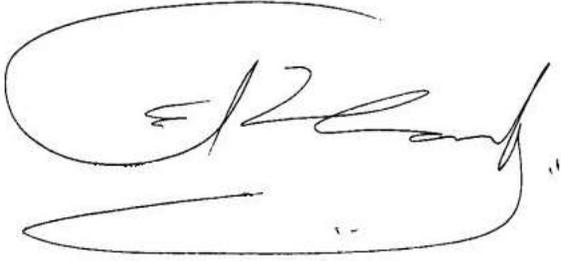
Intervinieron los Magistrados,



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:

**1bbd92978a9b182cdb4aed4ca81e870b35c322be64c0e7c8846d307d9  
3dd8efb**

Documento generado en 31/08/2021 06:23:18 PM

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

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