

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	ROCIO DEL CARMEN TELLO ORTEGA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501920210019701
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA A LA AFILIADA AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 539

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintidós (2022), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala 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 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de PROTECCIÓN, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 104 del 29 de agosto de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali.

### SENTENCIA No. 429

## I. ANTECEDENTES

**ROCIO DEL CARMEN TELLO ORTEGA** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** – en adelante **PROTECCIÓN-**, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y demás emolumentos pertenecientes a su cuenta de ahorro individual.

**PROTECCIÓN** se opone a las pretensiones indicando que le ofrecieron a la demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado y ella tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria. **COLPENSIONES** indicó que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Rocío del Carmen Tello Ortega acaecido el 21 de julio de 1998 retornando en consecuencia, al*

*régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A que en el término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta providencia proceda a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993; también a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Rocío del Carmen Tello Ortega de condiciones civiles conocidas en el plenario, siempre que se cumple las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por el empleador o trabajador QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de la condena en costas en su contra. SEXTO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A fijando la suma de 1/5 salarios mínimos legales vigente como agencias en derecho.”.*

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación, solicita que se revoque la orden de devolver los gastos de administración. Explicó que la comisión de administración son lo que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que de cada aporte del 16% del Ingreso Base de Cotización que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, su representada descontó el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Señaló que su representada ha administrado las cotizaciones de la demandante de forma eficiente, diligente y cuidadosa; lo cual se evidencia en los rendimientos financieros de la demandante

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y la parte DEMANDANTE reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve el recurso presentado y la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** –a **PROTECCIÓN**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia, si se debe absolver a **PROTECCIÓN** de la condena en costas revocar las orden de devolver gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información** 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.

No 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; pues así 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, M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS  
Radicación: 760013105-019-2021-00197-01  
Interno: 19393

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 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.

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

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, 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, sumas de la aseguradora, 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. conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

*“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:*

*[...]*

*‘La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone*

*el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

***Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta 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 de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”***

Lo anterior, también lo señaló en la sentencia SL4360 de 2019 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).*

Ahora, en cuanto a la consecuencia de devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, se fundamenta en que si la ineficacia del traslado se genera por la conducta indebida de la administradora, entonces ésta 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 de vejez, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal y como se ha desarrollado en la jurisprudencia antes referida en esta sentencia. Por tanto, se confirma la sentencia apelada.

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 consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace imprescriptible.

En consecuencia, avalar la posición de PROTECCIÓN 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.

Se mantiene la condena en costas impuesta a PROTECCIÓN por cuanto son objetivas y dicha entidad fue vencida en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. 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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. COSTAS a cargo de PROTECCIÓN a favor de ROCIO DEL CARMEN TELLO ORTEGA. En la liquidación de esta instancia inclúyanse la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho.

## **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. 104 del 29 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali

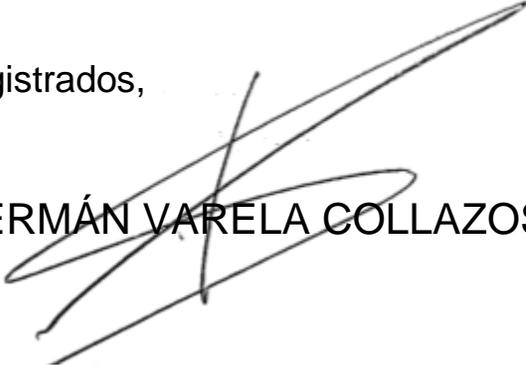
**SEGUNDO: COSTAS** a cargo de PROTECCIÓN a favor de ROCIO DEL CARMEN TELLO ORTEGA. En la liquidación de esta instancia

inclúyanse la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho.

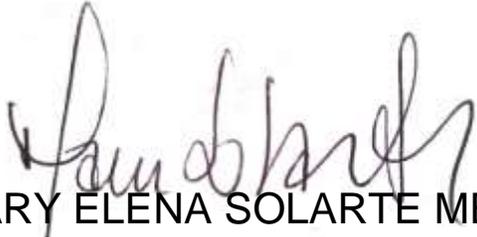
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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: **8c3d661f0da63226b4488bdea6c305073dce8b587317b9d750245f7a007f5c59**

Documento generado en 01/12/2022 03:36:49 AM

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS  
Radicación: 760013105-019-2021-00197-01  
Interno: 19393

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>