

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	PEDRO JOSÉ VELÁQUEZ CUBILLOS
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500420200003501
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO 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. 450

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días de septiembre 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderadas judiciales de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 200 del 3 de agosto de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 357

I. ANTECEDENTES

PEDRO JOSÉ VELÁQUEZ CUBILLOS demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.**-, con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado a **PROTECCIÓN S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que brindó la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación; que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto; que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debido a que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adujo que al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva el retorno de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de

condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

COLPENSIONES indica que el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia; ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante en la cuenta individual junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, así como los gastos de administración, comisiones, prima de seguros provisionales y porcentaje destinado en el fondo de garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a su propio patrimonio.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que si bien la actora alegó vicios del consentimiento para que se declare la ineficacia del traslado, lo cierto es que sus dichos se quedaron en simples afirmaciones carentes de todo sustento legal y por lo tanto, las pretensiones deben ser despachadas desfavorablemente por no haber demostrados el error, la fuerza o el dolo, toda vez que su prohijada sí cumplió con el deber de información como se evidencia en el formulario de afiliación. Que además el demandante no hizo uso del derecho de retracto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 ni tampoco manifestó su deseo de regresar

al régimen de prima media en virtud al artículo 1° del Decreto 3800 de 2003.

Que las normas sobre la viabilidad del traslado de régimen vigentes al momento de la afiliación al RAIS del actor, no le exigían a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría en cuanto al monto de la pensión, pues tal exigencia solo vino a darse con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Insiste en que se debe dar aplicación a la prescripción teniendo en cuenta que la acción no versa sobre el derecho a la pensión de vejez sino a obtener la ineficacia de la afiliación al RAIS con el propósito de obtener un mayor valor en la mesada pensional.

Solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas teniendo en cuenta que si se declare la ineficacia del traslado, todo volvería a su estado original, razón por la cual en su sentir los rendimientos deben compensarse con los gastos de administración que se está ordenando devolver. También pide que se revoque la condena en costas por los argumentos expuestos.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con el consentimiento informado lo cual quedó expresada en el formulario de afiliación, permaneciendo afiliado en el RAIS porque consideraba que tenía ventajas de estar ahí; que su representada no tuvo injerencia en la decisión libre que tomó la demandante de trasladarse. Solicita que si se llegara a confirmar la sentencia que se ordene a PROTECCIÓN la forma y en qué tiempo debe cumplir con la sentencia.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, **COLPENSIONES** insistió que la ineficacia no procede y solicitó que se orden conforme a la sentencia SL 782 de

2021 a que PROTECCIÓN le traslade los gastos de administración, debidamente indexados, primas previsionales para los riesgos de invalidez y muerte, el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que se especifique la rentabilidad que generaron los recursos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del actor del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PROTECCIÓN S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PROTECCIÓN S.A. de devolver los gastos de administración y rendimientos; si prospera la excepción de prescripción, si es necesario adicionar la sentencia indicándole a PROTECCIÓN la forma y tiempo en que debe cumplir la sentencia, en virtud de lo alegado por la apoderada judicial de COLPENSIONES.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PROTECCIÓN, 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 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 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.

La Sala no comparte los argumentos de los recurrentes con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque existe el

formulario de afiliación, que el demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las hizo; la razón por la que no se comparten, es porque la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de la 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 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.

Las consecuencias serán las de devolver las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, 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.”
subraya fuera de texto original.

De acuerdo a lo anterior, se confirma la sentencia de instancia. En cuanto a la solicitud de la apoderada judicial de COLPENSIONES respecto a que se indique el término y parámetros de cumplimiento de la sentencia, la Sala considera que esto es innecesario, por cuanto la sentencia de instancia está condenando de manera clara y concreta a PROTECCIÓN y por ser una sentencia judicial, es su ejecutoria la que la hace exigible respecto a las partes, por lo que no hay razón para establecer fechas para su cumplimiento.

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.

Se mantiene la condena en costas impuesta por cuanto son objetivas y las demandadas fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron 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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de PEDRO JOSÉ VELÁSQUEZ CUBILLOS.

Inclúyase en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual 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:**

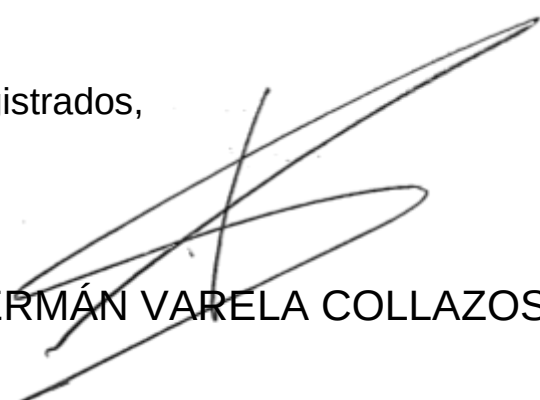
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 200 del 3 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **PEDRO JOSÉ VELÁQUEZ CUBILLOS**. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

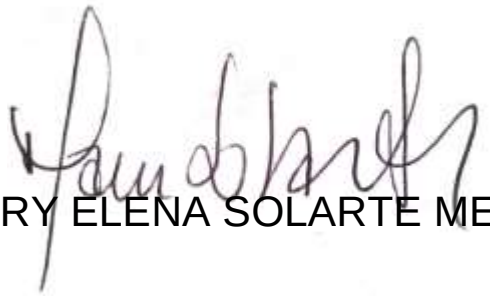
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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: **f27bf2874dfa193f3f6dea232d37189531af3b840819194c7ced57edd39eaf2a**

Documento generado en 01/10/2022 12:09:25 AM

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