

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310500520220013801
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. 582

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días de diciembre 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 COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 490 del 4 de noviembre de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 463

I. ANTECEDENTES

CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA 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 afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, gastos de administración y los rendimientos.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que cumplió con el deber de informar a la demandante lo necesario para que de manera libre y voluntaria tomara la decisión de afiliarse y del derecho a retractarse de la misma.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que **CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA** en los siguientes términos:

“(…) PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizado por CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales los afiliados nunca se trasladaron al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permanecieron en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad. TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA, junto con sus rendimientos. CUARTO: CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que una vez las AFPS den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la demandante CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. SEXTO: CONDENAR en costas a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor de la accionante, inclúyase en la misma, por concepto de agencias en derecho la suma de un (1) smmlv a cargo de cada una de ellas en cada proceso. SEPTIMO: En caso de no ser apelada por parte de COLPENSIONES, se ordena remitir el expediente en Consulta al Tribunal Superior de Cali.”.

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad de los demás afiliados, porque se contribuye a la descapitalización del fondo, permitiendo que personas que no cotizaron se beneficien aun faltándole menos de diez (10) años para pensionarse.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLPENSIONES insiste sobre los argumentos expuestos en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PROTECCIÓN S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia.

Respecto al **deber de información**, las 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.

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, 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 cumplieron 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.

Así las cosas, la sala considera que la 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.

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, sumas de la aseguradora, 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, adoctrinó:

[...]

‘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.’”

Así las cosas, la nulidad del traslado conlleva la devolución de 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. Tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema, Sala Laboral en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019; por tanto, no le asiste razón al apoderado judicial de COLPENSIONES cuando alega la afectación del sistema financiero, pues la demandante se trasladará junto con dichos emolumentos, de tal forma que se confirma la sentencia.

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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA. Inclúyase en la liquidación esta instancia 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:**

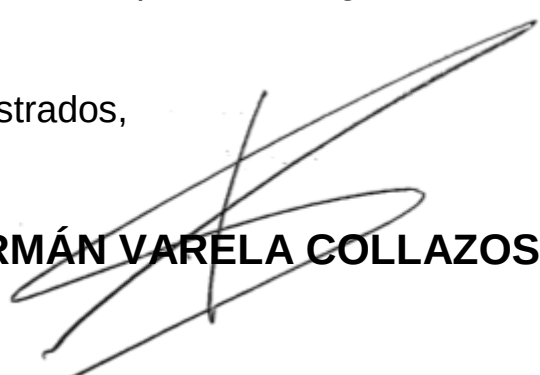
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 490 del 4 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

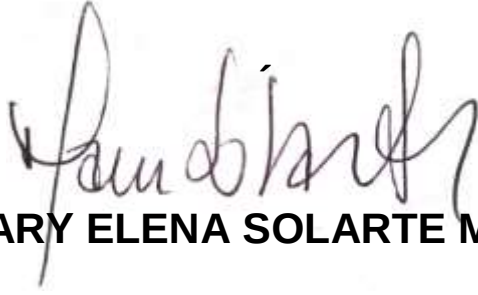
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** a favor de **CARMEN ELISA TOBAR CORDOBA**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

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

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: **26ee0034f58b8524103caa6a6f0cf660c805d2e24c37df2baf8eb9abcd72543f**

Documento generado en 20/12/2022 12:01:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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