REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MERCEDES AYOKO NAKATA NIKAIDO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – PROTECCIÓN S.A.-
RADICACIÓN	76001310501520220031001
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 279

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días de junio de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogas de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO**, **ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA** 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 las apoderadas judiciales de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la consulta a favor de ésta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 027 del 23 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada ANDREA ESTEFANIA CHICA TORRES en calidad de apoderada judicial sustituta de COLPENSIONES.

SENTENCIA No. 193

I. ANTECEDENTES

MERCEDES AYOKO NAKATA NIKAIDO 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 nulidad de su afiliación al RAIS y se el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, los gastos de administración, bonos pensionales que haya recibido y los rendimientos.

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.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali resolvió:

> *“Primero: declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.*
>
> *Segundo: declarar la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara la demandante del régimen de prima media al de*

ahorro individual administrado por protección s.a. de fecha 1 de abril de 2003.

Tercero: ordenar a PROTECCION S.A. a trasladar a ejecutoria de la sentencia a COLPENSIONES además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, devolver 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, por todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras afp. al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, autorizando a PROTECCION S.A. repetir contra las otra AFP por los periodos donde la demandante haya estado afiliada por las condenas aquí impuesta.

Cuarto: costas procesales, agencias en derecho la suma de 500.000 a cargo de PROTECCION S.A. y de 500.000 a cargo de COLPENSIONES en favor de la parte demandante.

Quinto: en el evento de no ser apelada la sentencia será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público. (…)".

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación; indica que el traslado es válido conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al ser una potestad del demandante elegir el régimen al cual desea pertenecer; que el traslado es improcedente, porque le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Aduce que la decisión de declarar la ineficacia del traslado y sus consecuencias, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y la seguridad social de los demás afiliados; solicita que se revoque la condena en costas por cuanto la decisión de la actora de trasladarse fue ajena a su representada, además que le conviene permanecer en el RAIS, porque puede pensionarse con 1.150 semanas, mientras que en el RPM se le exigen 1.300 semanas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES insistió en los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es i) si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN S.A.; en caso afirmativo, ii) cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria.

Contrario a lo señalado por **PROTECCIÓN**, respecto del **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 la afiliada a pesar de ser abogada 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 a la afiliada 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, el deber de información no se suple ni 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 si bien se acredita la firma del formulario, 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, Sl19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PROTECCIÓN S.A. 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.

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.

Las consecuencias de esa decisión 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, 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.´"*

Lo anterior, también lo señaló dicha Corporación 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).*

De conformidad a esas consecuencias prácticas, se confirma la sentencia apelada. Sin embargo, se encuentra necesario adicionar la sentencia en el sentido de conceder a PROTECCIÓN S.A. el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia para que cumpla con la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES los valores ordenados en la sentencia, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de la parte actora, inclúyanse en la liquidación de

cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de 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,

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 027 del 23 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONCEDER** a **PROTECCIÓN S.A.** el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia para que cumpla con la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES los valores ordenados en la sentencia, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral. Se confirma la sentencia en todo lo demás.

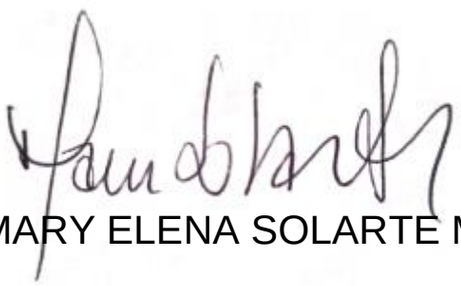
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** a favor de **MERCEDES AYOKO NAKATA NIKAIDO**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36, y se notifica por Edicto que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146. Los términos empiezan a correr a partir del día siguiente de la fijación del EDICTO.

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

Los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

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: **5b79cface48d86e1d89da132096a1c7327632e4042f3ab991f6ad54735b166ea**

Documento generado en 01/07/2023 01:49:20 AM

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