

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LUZ ELISA GAITÁN PÉREZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310501220200033601
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. 346

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio 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 la apoderada judicial de PROTECCIÓN, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 177 del 31 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Wendy Viviana González M. en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones.

## **SENTENCIA No. 268**

### **I. ANTECEDENTES**

**LUZ ELISA GAITÁN PÉREZ** 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 porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

**COLPENSIONES** se opone a las pretensiones y aduce que el traslado que efectuó la demandante al RAIS es válido, y esa acción es potestad única de la parte demandante; que en todo caso, a la demandante le faltan menos 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que el traslado que pretende no está obligada en aceptarlo.

**PROTECCIÓN S.A.** se opone a las pretensiones; señala que le brindó a la demandante la asesoría; que es la demandante quien no cumplió con el deber de informarse; que por disposición legal está en cabeza de la parte actora la libertad de elegir el régimen pensional, además de contar con capacidad para obligarse.

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

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó LUZ ELISA GAITÁN PÉREZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ ELISA GAITÁN PEREZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso. CONDENÓ a PROTECCION a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** presenta el recurso de apelación contra el numeral cuarto de la sentencia; indicó que su representada cumplió con el deber de información, de conformidad a las normas vigentes; que en esa fecha no tenían la obligación de documentar la información, pues su única obligación era la suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual cumple con los requisitos legales; que en ese contexto se le está exigiendo el cumplimiento de deberes que nacieron posteriormente, sin ser de naturaleza retroactiva.

Indica que el Despacho ordenó la declaratoria de la nulidad, no obstante, si se entienden las restituciones mutuas que se derivan de la aplicación de esta declaratoria específicamente el art. 1746 de CC y que se relaciona con la orden del despacho de devolver los gastos de administración de las primas de reaseguro, se debe entender que su representada administró de manera diligente y oportuna los recursos que le fueron dados por parte de la demandante. Los gastos de administración cumplieron con un deber legal. Por ello, deben la demandante cubrir las pérdidas que se derivan de las restituciones mutuas esto es los valores de gastos de administración.

Solicita que se aplique la prescripción.

**COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación e indica que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; que el traslado es una potestad del afiliado; que no se demostró que el demandante hubiera sido engañado al momento de afiliarse a PROTECCIÓN S.A.; y en todo caso que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional. Solicitó que se revoque la condena en costas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLPENSIONES presenta alegatos, en los que reitera los argumentos expuestos en instancia.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad del traslado o 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; si se debe o no revocar la orden que se le

dio a PROTECCIÓN S.A. de devolver los gastos de administración, rendimientos y demás sumas establecidas en el numeral cuarto de la sentencia; si opera la excepción de prescripción; y si se debe revocar la condena en costas a COLPENSIONES.

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.

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 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 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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, esta Sala indica que 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 con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., tal y como ordenó el juez en la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4360 de 2019 en la 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)”*.

Si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo que es importante en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado. Tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes indicadas, y que recientemente reiteró en las Sentencias SL 3034 de 2021 y SL 3051 de 2021.

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.

En consecuencia, avalar la posición de PROTECCIÓN implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual se deberá confirmar la sentencia apelada.

En lo referente a las COSTAS, se confirma la condena impuesta a COLPENSIONES, pues se recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc..

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 LUZ ELISA GAITÁN PÉREZ. 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 apelada y consultada identificada con el No. 177 del 31 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

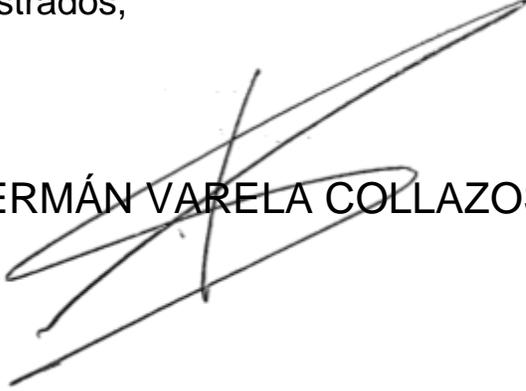
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **LUZ ELISA GAITÁN PÉREZ**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web

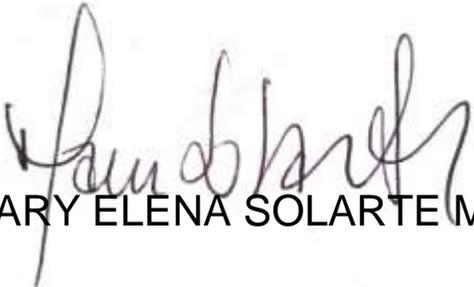
[https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.](https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias)

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**

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:

**0240863ab23271eee993b194b97f6f3bdbb2aa8c0d2b2be92ed6b06547  
abf610**

Documento generado en 31/07/2021 04:27:16 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**