



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de decisión Laboral

MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-009-2020-00076-01
DEMANDANTE:	JUAN CARLOS POSADA RESTREPO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 262 del 1 de octubre de 2020
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA Y CONFIRMA
FECHA:	Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)
SENTENCIA:	No. 152

I. ASUNTO

Procede la Sala a proferir sentencia escrita, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la Sentencia No. 262 del 1 de octubre de 2020, conforme a los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1. Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible en el pdf 01 folios 4 a 20 del expediente virtual, y en la contestación militante a folios 107 a 117, por parte de **COLPENSIONES** y la realizada por **PROTECCIÓN S.A.** que obra a folios 131 a 176, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de la Sentencia No. 165 del 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, decidió declarar no probadas las

excepciones propuestas por la demandada; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional que realizó la demandante el 1 de marzo de 1999, y condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos; a trasladar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono o los bonos pensionales, si los hubiere recibido; ordenó a **COLPENSIONES** a recibir nuevamente a la demandante en el régimen de prima media, y que cargue a la historia laboral del demandante los aportes realizados durante el tiempo que estuvo vinculado a la **PROTECCIÓN S.A.**, una vez le sean devueltos; igualmente ordenó a **COLPENSIONES** que proceda con los trámites pertinentes para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor.

Fundamentó su decisión en que no se demostró, por parte de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, haber brindado al demandante información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería, detallando, entre otras cosas, la distribución de los aportes, descuentos, gastos de administración, riesgos derivados de las inversiones de la AFP, y la proyección de una mesada pensional, datos con los cuales podría decirse que conocía todas las aristas de su decisión. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario, sumado a que ni siquiera haya prueba de la asesoría debida antes del cumplimiento de la edad límite para trasladarse.

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, adujo que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, **COLPENSIONES** debe iniciar los trámites para el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez el afiliado realice la solicitud correspondiente.

3. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de **COLPENSIONES** promueve recurso de apelación. Señala que la entidad cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para la época del traslado de la actora. Así mismo, expresó que las afirmaciones efectuadas en el escrito de demanda no tuvieron sustento probatorio, en tanto que no logró demostrarse la existencia de los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), y ello es así, porque, a su juicio, jamás existieron.

Sostiene que el traslado de la actora se dio en ejercicio de la legítima potestad de traslado, actuación para la cual estaba en pleno uso de sus derechos, y en ese sentido, de haberse opuesto la entidad, habría incurrido en una transgresión a la posibilidad de elegir libremente el régimen pensional.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

PARTE DEMANDADA – COLPENSIONES

Indicó que la el demandante no demostró vicios en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se trasladó de régimen pensional. Agregó que para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional. Por lo anterior, solicitó se declare que la afiliación a Protección S.A. es conforme a derecho y es dicha AFP la llamada a reconocer la prestación de vejez.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PROTECCIÓN S.A.** recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como aportes, y rendimientos, generados durante el tiempo de afiliación de la actora a esta entidad. Finalmente se estudiará lo referente a la imposición o absolución de las costas procesales y agencias en derecho.

En el caso de autos no es materia de debate que: **1) JUAN CARLOS POSADA RESTREPO**, se afilió en materia de pensiones al ISS desde el 28 de mayo de 1986

(f.74). **2)** Que para el 26 de octubre de 1998 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (f. 39) **4)** Que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** la ineficacia de su traslado de régimen, y la consecuente afiliación al régimen de prima media, habiéndosele negado (fs. 22 a 39).

Sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136

rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde, en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, como se dijo, **PROTECCIÓN S.A.**, fondo seleccionado por la demandante previa estancia en el ISS, no probó.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A.**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen

sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, que permitan identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Súmese a lo dicho que, si bien el actor lleva más de 20 años afiliado al RAIS, debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que, al momento de trasladarse al RAIS, dicha entidad no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y entiéndase, lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, con traslados posteriores dentro del mismo régimen, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

De este modo, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora, así como la orden a **PROTECCIÓN S.A.** de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los gastos de administración debidamente indexados y las sumas adicionales, los cuales no fueron ordenados en la sentencia y que también deben ser incluidos, por lo que la sentencia deberá adicionada en tal sentido, lo anterior, en atención a que el presente asunto se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**.

Respecto a la devolución de los rendimientos financieros, estos son procedentes, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias la devolución de tales emolumentos al RPM. Este tópico de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

“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.”

Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

Ahora bien, la orden a **COLPENSIONES** de recibir nuevamente a la demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente, en lo que respecta a la orden dada a **COLPENSIONES** de iniciar los procedimientos para efectos de reconocer la pensión de vejez al demandante, esta se mantendrá, lo anterior por cuanto la misma está condicionada a que el demandante eleve la solicitud de reconocimiento.

Ante la no prosperidad del recurso interpuesto, se condena en costas a la parte vencida en esta instancia, ténganse como agencias en derecho la suma equivalente a un 1 SMLMV.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal Cuarto de la Sentencia No. 262 del 1 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a realizar la devolución tanto de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, incluidos los gastos por administración indexados y las sumas adicionales.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia estudiada.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digital para
acto judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vice
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)