

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	BEATRIZ EUGENIA GONZÁLEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR- OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.- OLD MUTUAL- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – PROTECCIÓN-
RADICACIÓN	76001310500620180046501
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 326

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes demandadas., así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No.84 del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a los abogados JULIANA MEJÍA GIRALDO y BRIAN MAURICIO CALDERON LÓPEZ en calidad de apoderados judiciales principal y sustituto de COLPENSIONES.

SENTENCIA No.236

I. ANTECEDENTES

BEATRIZ EUGENIA GONZÁLEZ demandó 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.** -, a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.-OLD MUTUAL-** y a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR-** con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **al RAIS**, porque las AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES** de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que la demandante no demostró que se hubiera generado un vicio del consentimiento; que el otrora Instituto de Seguros Sociales no tuvo injerencia en el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado; que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensiona, por lo cual, debe permanecer en **PROTECCIÓN**, en virtud de la regla general contenida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993.

PROTECCIÓN indicó que no procede la nulidad de la afiliación por cuanto brindó la información requerida para que la demandante tomara una

decisión libre de trasladarse, lo cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación en el año 1996; que no hizo uso del derecho al retracto; que no hay lugar a declarar la nulidad absoluta, ni la nulidad relativa. Propuso, entre otras, las excepciones de prescripción, validez del traslado, falta de causa en las pretensiones de la demanda.

PORVENIR S.A. y **OLD MUTUAL** indicaron que cumplieron con el deber de información para con la demandante en el momento en que se afilió a sus fondos, que la demandante no está afiliado a sus administradoras, sino a **PROTECCIÓN**.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que **BEATRIZ EUGENIA GONZÁLEZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **POTECCIÓN** el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración de la demandante a **COLPENSIONES**. Ordenó a **PORVENIR** y a **OLD MUTUAL** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación, para solicitar que se ordene la devolución las sumas adicionales de aseguradora, y la suma de gastos de administración debidamente indexados.

PORVENIR S.A. solicita que se absuelva la condena en costas procesales, porque actuó de buena, y no tenía del deber de información pues la demandante se trasladó a PROTECCIÓN y no a PORVENIR S.A..

PROTECCIÓN y **OLD MUTUAL** apelaron la orden que se les dio de devolver los gastos de administración, en razón a que fueron descontados con fundamento legal, y para obtener los rendimientos de los cuales se beneficia la demandante; que en virtud de las restituciones mutuas establecidos 1746 C.C. no es dable devolver gastos de administración y rendimientos financieros, OLD MUTUAL también solicitó que se revoque la condena en costas procesales y se opuso al recurso presentado por COLPENSIONES respecto a que se adicione la sentencia, por cuanto no fue solicitado por la demandante, y las sumas aseguradoras no se causaron, porque no se reconoció la pensión de invalidez o sobrevivientes.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El Apoderado judicial de Colpensiones indicó que el traslado goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de recibir a la demandante.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de Protección reiteró los argumentos presentados en el recurso, e insistió sobre las consecuencias de la nulidad establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto que debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de su representada y el fruto o mejora de la ésta es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la condena en costas que se le impuso a PORVENIR y a OLD MUTUAL, y la condena de devolver los gastos de administración que se le dio a éstas y a PROTECCIÓN.

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 **dobles 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, PORVENIR y OLD MUTUAL no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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 administrado por PROTECCIÓN. No obstante, dicha ineficacia se debe extender a la afiliación que realizó la demandante a PORVENIR y a OLD MUTUAL S.A., en ese sentido se adicionará el numeral primero de la sentencia.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, la Sala indica que 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, **PROTECCIÓN** debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, 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.”

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se adiciona el numeral quinto de la sentencia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN** que devuelva a **COLPENSIONES**, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C y comisiones; y los gastos de administración que ordenó devolver la sentencia de instancia a **PROTECCIÓN** son con cargo a su propio patrimonio.

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.

Se mantiene la condena en costas impuesta a cargo de PORVENIR y de OLD MUTUAL, por cuanto son objetivas y dichas administradoras fueron vencidas en el presente proceso, pues se opuso a 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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de

COLPENSIONES, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y de **PORVENIR S.A.** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una en esta instancia 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, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia en el sentido de extender los efectos de la declaratoria de la ineficacia, a la afiliación que realizó la demandante a PORVENIR y a OLD MUTUAL.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No.84 del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PROTECCIÓN** entregar a **COLPENSIONES** las comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

TERCERO: PRECISAR numeral quinto de la sentencia en el sentido de indicar que los gastos de administración que **PROTECCIÓN** debe devolver es con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

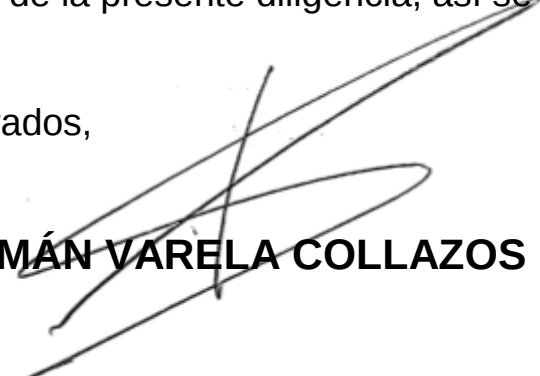
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL** y de **PORVENIR S.A.** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una en esta instancia la

suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

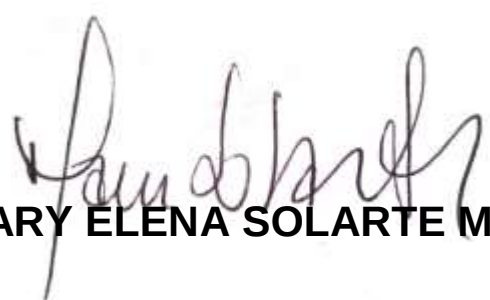
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

**Despacho 002 De La Sala Laboral Del 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:

**b0130a75e4e80d336500040c122d1702c61d4d5f799115d7a45
4f06304ce1a0f**

Documento generado en 30/11/2020 05:26:02 p.m.

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

a