

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	GONZALO VICENTE ULLOA VILLEGAS
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN	76001310500820200021801
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 20

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de enero 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.327 del 19 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.14

I. ANTECEDENTES

GONZALO VICENTE ULLOA VILLEGAS demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**– en adelante **PROTECCIÓN** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que al demandante le faltan menos de diez años para adquirir la edad pensional, por lo que es improcedente el traslado de régimen pensional.

PROTECCIÓN S.A. no contestó la demanda

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que **GONZALO VICENTE ULLOA VILLEGAS** hizo del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES E.I.C.E.**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y en consecuencia, ordenó a **PROTECCIÓN** devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E.** todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a **COLPENSIONES E.I.C.E.**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación contra la condena por gastos de administración. Señala que la comisión de administración es la comisión que se cobra para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el demandante se descuentan el 3% para cubrir los gastos de administración mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros que se encuentran debidamente autorizados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Que en el caso de mantenerse la condena frente a la nulidad e ineficacia de la afiliación que no es dable devolver los gastos de administración por cuanto se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme a la ley y a una contraprestación de su gestión.

Lo anterior de conformidad al art. 1746 del C.C. que regula los efectos de la declaratoria de la nulidad, dijo que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y que **PROTECCIÓN** debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió causar la comisión de administración; sin embargo el art. 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, frutos e intereses y del abono de las mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto y mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de **PROTECCIÓN**. Y el

fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración la cual debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado. Así las cosas, debe entender que **PROTECCIÓN** no debe retornar dichos dineros a **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante fue válida y conforme a ley existente en dicho momento, por lo cual, no hay una causa fáctica, ni jurídica para realizar el retorno de dichos dineros.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación; solicita que se revoque el numeral primero de la sentencia. Dice que al demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad pensional, por lo cual, no procede el traslado de conformidad al art. 2 de la Ley 797 de 2003; que cuando realizó el traslado de régimen estaba en el derecho de hacerlo, por lo que su representada no tuvo ninguna injerencia en la decisión libre y voluntaria del demandante.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, presenta alegatos **PROTECCIÓN S.A.** en los que reitera los argumentos del recurso de apelación para que se revoque la condena por gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá 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 orden que se le impuso a PROTECCIÓN los gastos de administración.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PROTECCIÓN S.A., 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 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 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, 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 al 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 del 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 y lo que alega **PROTECCIÓN** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, esta Sala indica que la orden de devolver los gastos de administración y rendimientos se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más no como una consecuencia de una nulidad sustancial derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así 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, se

6

deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio. 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).

Por tanto, en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración y sumas de la aseguradora se confirma la decisión de instancia.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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:**

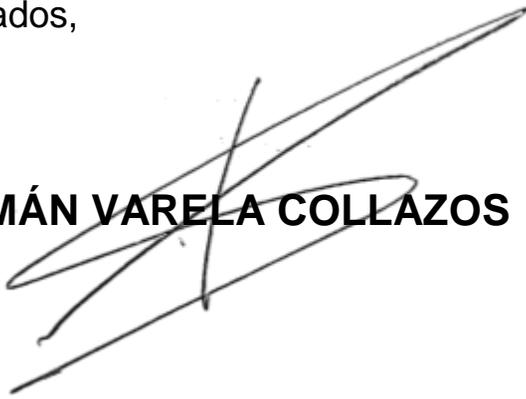
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 327 del 19 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

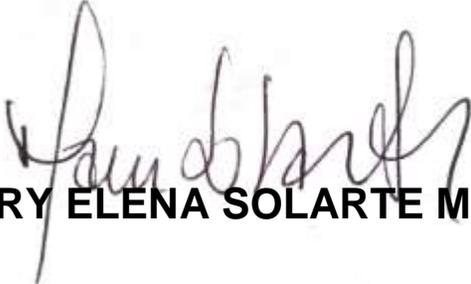
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

a67d40b4d8a1e2fe54d5c3613b85d1fe6153c5ce4d2499f296f5
3f5c606253e6

Documento generado en 29/01/2021 08:45:29 PM

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

a