

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MEIR TANURA SAPORTAS
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310501720190063101
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 21

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 resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 89 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.15

I. ANTECEDENTES

MEIR TANURA SAPORTAS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD 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, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante no demostró que se hubiera generado un vicio del consentimiento; que el traslado de régimen no es procedente porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional.

PROTECCIÓN S.A. antes **COLMENA** se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación, que debió demandar la ineficacia de la afiliación y no la nulidad de traslado; que tenía deberes de mantenerse informada por ser una consumidora financiera.

El **MINISTERIO PÚBLICO** indica que es a **PROTECCIÓN** a quien le corresponde demostrar que cumplió con el deber de información para que se diera el consentimiento informado al momento del traslado del demandante al régimen que administra.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que MEIR TANURA SAPORTAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, entre ellas las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de PROTECCIÓN S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el RAIS.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación, para que se revoque la sentencia, indica que el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales coexistentes ya que no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además le faltan menos de diez años para acceder a la pensión de vejez, por lo que excede el término legal establecido para retornar al régimen de Prima Media.

Señala que no se demostró que el contrato de afiliación con la AFP, que suscribió el demandante, carezca de legalidad y validez jurídica, por lo que no puede declararse una nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual; que no se puede predicar la ilegalidad y/o ineficacia de un contrato legal, en razón de las diferencias prestacionales de los dos regímenes, pues estas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no puede ahora el demandante, por la

expectativa de una pensión mayor en el régimen de prima media, negar que expresó su voluntad de manera libre y espontánea al momento de firmar el contrato de afiliación con la administradora privada.

Además, aceptar al demandante ad portas de recibir pensión de vejez, significa atentar contra la sostenibilidad financiera del sistema, principio que fue elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 01 de 2005, pues Colpensiones no ha administrado las cotizaciones del demandante en los últimos años y tendrá que entrar a pagar las mesadas productos de su prestación.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presentó el recurso de apelación, solicitó que se revoque el numeral tercero; señala que la comisión de administración es la comisión que se cobra para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual del afiliado, 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.

Manifiesta que durante el tiempo en que el demandante ha permanecido afiliado, su representada ha administrado los dineros que él ha depositado, de manera diligente y con la mayor previsibilidad posible por parte de PROTECCIÓN, quien es experta en administración de recursos de los afiliados, lo cual se evidencia en los buenos rendimientos financieros que ha generado para el demandante.

Indica 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, conforme a una contraprestación de su gestión.

Refiere lo anterior de conformidad al art. 1746 del CC 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 CC 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 valida 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.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, Colpensiones, Protección y la parte demandante presentaron alegatos en los que reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del 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 de devolver los gastos de administración y rendimientos.

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 antes COLMENA 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 el 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, 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 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 sustanciales 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 deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas de la aseguradora, 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, adocrinó:

[...]

‘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 confirma el numeral tercero de la sentencia.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, los rendimientos las comisiones y los gastos de administración.

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 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. 89 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse por cada una en

la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente

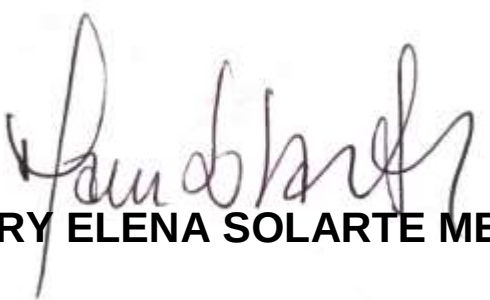
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

**ae10380e58ec9fd9118e9917a95bb98f6b888c23c5a1b00e6
4cb494254d120a7**

Documento generado en 29/01/2021 08:45:42 PM

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