

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	OSCAR EDUARDO MORALES ORJUELA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310501720190056601
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 104

En Santiago de Cali, a los nueve (9) días del mes de abril 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 la apoderada judicial del DEMANDANTE, de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 76 del 16 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Laura Marcela Guzmán Mosquera en calidad de apoderada judicial sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA No.79

I. ANTECEDENTES

OSCAR EDUARDO MORALES ORJUELA 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 S.A.** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que de los documentos aportados con la demanda, no se logra inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

El **MINISTERIO PÚBLICO** indica que a **PROTECCIÓN** le corresponde probar que cumplió con el deber de información al momento en que se trasladó el demandante al régimen que administra.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del demandante por cuanto brindó la información completa al demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que **OSCAR EDUARDO MORALES ORJUELA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** 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 demandante con el **RAIS**, y a **COLPENSIONES** que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor **OSCAR EDUARDO MORALES ORJUELA** de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

Absolvió a **COLPENSIONES** del pago de costas procesales.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDANTE** presenta el recurso de apelación para que se condene en costas a **COLPENSIONES** por haber quedado vencido en el proceso, según lo dispuesto en el art. 365 del C.G.P..

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** presenta el recurso de apelación para que se revoque la orden de devolver los gastos de administración y rendimientos, pues se genera un enriquecimiento sin causa por cuanto que en virtud de los primeros se generaron los rendimientos; que para ello se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1746 del C.C. que refiere a las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpone el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Indica que no procede el traslado porque el demandante le faltan menos de diez años para pensionarse; que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que no se demostró el vicio del consentimiento por falta de información que alega el demandante; que el traslado de régimen que realizó el demandante lo hizo en ejercicio legítimo de la libre escogencia al fondo de pensiones, de conformidad al art. 13 literal b de la Ley 100 de 1993.

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

Solicita que se revoque la sentencia apelada en consideración a que el actor se encuentra válidamente afiliado a Protección y no es procedente el traslado de régimen porque le falta menos de diez años para acceder a la pensión de vejez.

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 S.A.. 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 S.A. de devolver los gastos de administración y rendimientos, si prospera o no la excepción de prescripción y se debe condenar en costas a COLPENSIONES.

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 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 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 S.A. 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.

Contrario a lo que indica la apoderada de Colpensiones, la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

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 S.A.** 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 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 las nulidades 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; y para dejar intacto el capital de la demandante para financiar la pensión, debe devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio en consideración a la omisión del cumplir el deber legal de información, 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 acuerdo a lo anterior, la sala confirma el numeral tercero de la sentencia apelada, y en razón a que la ineficacia del traslado se correlaciona con las devoluciones que deberá hacer PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones, no le asiste razón a Colpensiones cuando alega que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

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.

Le asiste razón a la apoderada judicial de la parte demandante en su recurso, pues COLPENSIONES debe ser condenada en costas en primera instancia, por cuanto éstas son objetivas y dicha entidad fue vencida 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 modificar la sentencia consultada y apelada, para revocar el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar condenar en costas a COLPENSIONES. Las **COSTAS** en esta instancia son 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: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 76 del 16 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en su lugar se dispone **CONDENAR** a COLPENSIONES al pago de costas en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia son 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.

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.

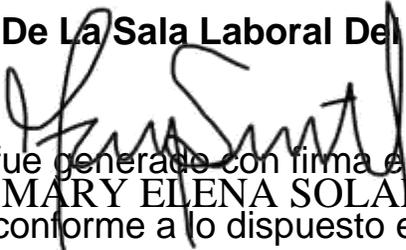
Intervinieron los Magistrados,


Firmado Por:

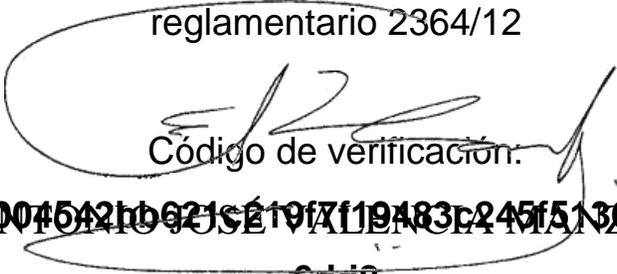
GERMÁN VARELA COLLAZOS

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:

82aeaa9329fdc004542bb621c219f7f19483c245f51360669b5e94c7582a

6dd8

Documento generado en 09/04/2021 08:53:31 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>