REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JULIÁN BENAVIDES FRANCO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501220200022001
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 368

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PROTECCIÓN, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 079 del 26 de marzo de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 288

I. ANTECEDENTES

JULIÁN BENAVIDES FRANCO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN** –, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** de 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; que el traslado que realizó el demandante a PROTECCIÓN es legal al haberse realizado de manera voluntaria y libre y no haberse demostrado ningún vicio del consentimiento.

PROTECCIÓN S.A. se opone a las pretensiones e indica que la afiliación del demandante se realizó con el lleno de los requisitos legales; que la afiliación se diligenció de manera libre, espontánea, sin presiones, dentro de las oportunidades legales y no manifestó el deseo de retractarse.

Aduce que el deber de información no nace con la llamada línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sino que tiene desarrollo normativo en el Decreto 720 de 1994, Decreto 656 de 1994 y el Decreto 663 de 1993, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010. Ley 1748 de 2014, Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Señala en la normatividad vigente para la época del traslado no se exige a las administradoras de pensiones que suministren por escrito ningún tipo

de cálculo financiero o proyección actuarial, ni dejar por escrito la constancia de haber realizado la asesoría pensional; que la asesoría que brindó al demandante fue verbal.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali declaró la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por JULIÁN BENAVIDES FRANCO, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. CONDENÓ a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta, historia laboral sin inconsistencia de semanas y los aportes voluntarios si los hubiere se entregarán al demandante si fuere el caso; a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la declaratoria de ineficacia del traslado y las ordenes impuestas en los numerales tercero y cuarto de la sentencia.

Indica que al demandante se le brindó la información exigida al momento del traslado; que se enteró de las características y particularidades de cada régimen para que pudiera elegir entre la opción que más se ajustara a sus intereses; que fue un negocio jurídico válido y eficaz, de tal manera que no se presenta causal de nulidad y no existió vicio del consentimiento ni ocultamiento de la información.

Aduce que el desacuerdo que plantea el demandante es en el monto de la pensión, dice de cara a esto, que obviamente se debe entender que los dos regímenes pensionales son excluyentes, pero de los dos se puede gozar de muchos beneficios.

Señala que de mantenerse la decisión de declarar ineficaz el traslado que realizó el demandante, que se revoque las condenas impuestas en los numerales tercero y cuarto de la sentencia, puesto que no es procedente que su representada devuelva el bono pensional, en consideración a que no es su competencia liquidar, emitir ni pagarlo, sino que es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el encargado de esos títulos, en todo caso, que en la cuenta de ahorro del actor no hay bono pensional; que no procede la devolución de sumas adicionales en razón a que estas fueron pagadas a las aseguradoras que asumen los riesgos de invalidez y muerte del actor; 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; que tampoco procede la devolución del porcentaje de garantía de pensión mínima, por ser un beneficio propio del RAIS; que la devolución de los aportes voluntarios se presta para confundir al demandante, pues estos nunca fueron realizados;

Aduce que si las consecuencias de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado inicial, entonces que se debe entender que el contrato de

afiliación nunca existió y que en consecuencia su representada no administró los recursos de la cuenta del actor y los rendimientos no se produjeron, ni se debió cobrar una comisión de administración; por lo que las ordenes de los numeral tercero y cuarto generan un enriquecimiento sin causa del demandante y un detrimento patrimonial a Protección.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, no se presentaron alegatos.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá 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 bono pensional, rendimientos, sumas de la aseguradora, porcentaje de fondo de garantía mínima, aportes voluntarios y gastos de administración.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PROTECCIÓN, 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, Sl19447 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.

La ineficacia del traslado conlleva la devolución de todos los valores que hubiere recibido PROTECCIÓN con motivo de la afiliación del actor, las cotizaciones, bono pensional que hubiera recibido, sumas de la aseguradora, aportes voluntarios realizados por el demandante a PROTECCIÓN, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio, todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, al señalarse en la última:

> *"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*

Por tanto, se confirma el numeral tercero de la sentencia, y se indica a la recurrente que la devolución de bonos pensionales y aportes voluntarios se realiza solo en el evento en que se hayan recibido, tal y como lo advirtió la juez de instancia.

De igual manera, se tiene que son consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, la devolución de los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que PROTECCIÓN administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio.

Lo anterior en consideración a que fue por la conducta indebida de la administradora que se ha generado la ineficacia de la afiliación y los deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo cual, no se admite el argumento de la recurrente, con el que indica que el demandante se está enriqueciendo sin causa, a costa de su representada, pues, lo cierto es que la orden se da precisamente para resarcir las mermas sufridas en el capital del actor, a causa de descuentos y pago propios del RAIS.

En consecuencia, se confirma el numeral cuarto de la sentencia.

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 y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de 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: CONFIRMAR la Sentencia No. 079 del 26 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

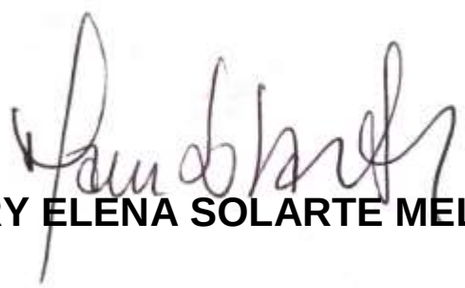
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr 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

Sala 002 Laboral

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:

a0d995f3d8db30fc20d22f11c4ba7204baaa39e1704d3900b8e2346322b5ac3e

Documento generado en 31/07/2021 04:26:54 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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