REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MAURICIO CALDERON MARULANDA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310501720190028301
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 441

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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. 55 del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 324

I. ANTECEDENTES

MAURICIO CALDERON MARULANDA demanda 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 haya 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. 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad del traslado que MAURICIO CALDERON MARULANDA realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual

con solidaridad administrado por PROTECCIÓN, 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.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque el numeral quinto de la sentencia y en su lugar se condene en costas a COLPENSIONES por haber sido vencido en juicio, de conformidad al numeral 1° del artículo 365 del C.G.P..

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación, solicita que se revoque la orden que se le impuso a su representada de devolver a Colpensiones los gastos de administración que descontó de la cuenta de ahorro individual del actor; señala que su representada ha actuado conforme a la constitución y la ley, puesto que los descuentos por comisión están consagrados en la Ley 100 de 1993 y se realizan por mandato de la Superintendencia Financiera; aduce que si la consecuencia de la nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior, entonces que en estricto sentido se debe entender que la afiliación nunca existió, y por ende, PROTECCIÓN nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, cobrar comisión de administración, ni producir los rendimientos.

Indica que en el caso en el que se ordene a Protección a devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos y gastos de administración, se genera un enriquecimiento sin causa a favor del actor, por estar

recibiendo rendimientos que se generaron por la buena administración de su representada, sin que a ésta se le pague nada, lo cual genera un detrimento patrimonial, vulneración al derecho a la igualdad y privilegio injustificado a una parte.

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

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entones, 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; y si se debe condenar a COLPENSIONES al pago de costas procesales.

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, 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 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, 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 confirma el numeral tercero de la sentencia y se adiciona en el sentido de indicar que los gastos de administración que se ordena devolver a PROTECCIÓN se hará 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.

En lo referente a la apelación de la parte demandante, le asiste razón, por lo cual, se revoca el numeral quinto de la sentencia y en su lugar se condena en COSTAS a COLPENSIONES, en consideración a que es una condena objetiva de conformidad al numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso en el que se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., y en este evento Colpensiones resultó vencida en juicio.

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

PROTECCIÓN S.A a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente como 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 tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 55 del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la devolución de los gastos de administración que se ordenó, se hará con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 55 del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar condenar a COLPENSIONES a favor de Mauricio Calderón Marulanda al pago de costas procesales por concepto de agencias en derecho

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

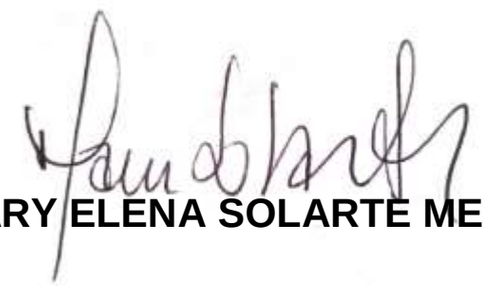
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante, inclúyanse por cada una en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por concepto de agencias en derecho.

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 - Valle Del Cauca

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:

a10e62f7e642050ee840007f3ac4879e7f3ff7187ca05bbf47d7878cb352e86e

Documento generado en 31/08/2021 09:03:34 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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