

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LUZ MARINA ARIAS CASTILLO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500620190049401
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 483

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre 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. 82 del 3 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 362

I. ANTECEDENTES

LUZ MARINA ARIAS CASTILLO demandó 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 **PORVENIR S.A.** cumplió el deber de información por ser una entidad de reconocida trayectoria, que no es competente para resolver la solicitud de nulidad de traslado.

PROTECCIÓN se opone a las pretensiones e indica que la afiliación realizada por la demandante al **RAIS** se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones para administrar sus aportes y se cumplió con todos los presupuestos de ley; que el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por tanto, no existió presión ni coacción para efectuar el traslado, el cual no está viciado en el consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que **LUZ MARINA ARIAS CASTILLO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y

ordenó a **PROTECCIÓN** la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación; solicitó que se revoque la sentencia. Indicó que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria, decisión que plasmó al firmar el formulario de vinculación. Además, señaló que con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

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 la 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 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 de la 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 de la 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.

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:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Señala que la conducta de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria, que se vio manifestada con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que no se evidencia que la actora haya sufrido engaño alguno o que no haya contado con la oportuna asesoría que brindan las AFP.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN

Solicita se revoque la condena en gastos de administración y afirma que dicha comisión es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Señala que todo el tiempo que la demandante ha estado afiliada a PROTECCIÓN, se han administrado sus dineros con la mayor diligencia y cuidado, por ser la AFP una entidad financiera experta en inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados.

Indica que, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PROTECCIÓN debió administrar los recursos de la cuenta del actor, los rendimientos nunca se produjeron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración; sin embargo, el artículo 1746 del C.C. habla de restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras; con base en lo que debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras que están constituidas en los rendimientos para el afiliado y, en los gastos de administración para la AFP.

ALEGATOS DE LUZ MARINA ARIAS CASTILLO

La apoderada judicial de la actora manifiesta que se ratifica en lo expuesto en los hechos, pretensiones y fundamentos de derechos contenidos en la demanda y lo alegado de conclusión en primera instancia. Señala que no se acreditó por parte de las demandadas que se haya brindado la información necesaria a la demandante al momento de su afiliación al RAIS.

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 de devolver 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 a la 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 a la 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 nulidad del traslado de la 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 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, 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 la Sala precisará la sentencia indicando que tal devolución la hará PROTECCIÓN S.A. con cargo al patrimonio.

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 que debe hacer **PROTECCIÓN** de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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, y se precisa el numeral tercero respecto a que los gastos de administración se descuentan con cargo al propio patrimonio de Protección. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de la 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: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 82 del 3 de mayo de 2021, proferida por

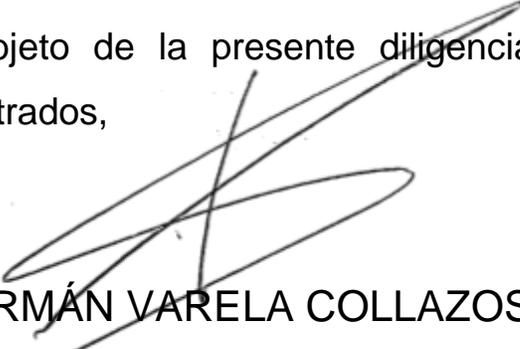
el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de devolver las comisiones y el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de la 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 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:

**94c3afdeeb1ae69e4e86e7149409e12b80b20213485b5bfa33334f4da38
96c49**

Documento generado en 30/09/2021 08:32:04 p. m.

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