

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LUZ LAHIS CARO JARAMILLO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
LITISCONSORTE NECESARIO	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-.
RADICACIÓN	76001310501420180034001.
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 242

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), 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 el apoderado judicial de COLPENSIONES y la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación contra la sentencia condenatoria No. 13 del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a las abogadas María Juliana Mejía Giraldo y a Wendy Viviana González Meneses en calidad de apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de COLPENSIONES. Tener por reasumido el poder por la abogada Luz Adriana Vidal Vélez en calidad de apoderada judicial de Colfondos.

SENTENCIA No.175

I. ANTECEDENTES

LUZ LAHIS CARO JARAMILLO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS** -, con el fin de que se declare la nulidad de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual porque no se cumplió con el deber de información al momento de su afiliación; que se ordene su traslado a **COLPENSIONES** con los correspondientes aportes de su cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados.

Las pretensiones de la demanda se fundamentan en que **LUZ LAHIS CARO JARAMILLO** estuvo afiliada al ISS – hoy **COLPENSIONES**- desde el 1° de abril de 1989 hasta el 24 de noviembre de 1994, fecha en la que efectuó el traslado de régimen a CITI COLFONDOS hoy **COLFONDOS**, que **COLFONDOS** al momento de su afiliación no le proporcionó información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, que no fue informada por escrito del derecho que tenía a retractarse, que la proyección pensional que realizó **COLFONDOS** de manera verbal a Caro Jaramillo no guardaba relación razonable entre los ingresos, los aportes abonados y la cuantía de la pensión a la que podía

aspirar; que Colpensiones le negó la solicitud de traslado de régimen por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que el traslado al régimen de ahorro individual que realizó **LUZ LAHIS CARO JARAMILLO** no se encuentra viciado de nulidad, pues el mismo se hizo de manera legal y ajustado a derecho.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones y manifestó que a **LUZ LAHIS CARO JARAMILLO** se le brindó una asesoría y re-asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, que la solicitud de afiliación que suscribió la demandante se hizo libre de engaños, presiones o coacción alguna, que **CARO JARAMILLO** dentro del plazo legal no manifestó su voluntad de volver al régimen de prima media o algún tipo de inconformidad de su traslado, que la demandante al no ser beneficiaria del régimen de transición está inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad en la que puede reclamar la pensión.

En audiencia pública N° 549 del 10 de octubre de 2019 el juzgador de instancia ordenó integrar en litis consorcio necesario a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – en adelante PROTECCIÓN-** y a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP - en adelante UGPP-.**

La **UGPP** indicó que la entidad aún no había nacido a la vida jurídica cuando **CARO JARAMILLO** se trasladó de régimen pensional, por lo que

nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se le brindó a la demandante.

Por su parte **PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones al indicar que la selección y cambio de régimen pensional que hizo **CARO JARAMILLO** fue de manera libre, espontánea, sin presiones, que cumplió con los requisitos de ley sin que en las oportunidades legales la demandante manifestara su deseo de retractarse de la decisión.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Catorce Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia o inexistencia del traslado que realizó **LUZ LAHIS CARO JARAMILLO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenó a **COLFONDOS** y a **PROTECCIÓN** la devolución de todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos y el bono pensional si lo hubiere.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLFONDOS** había interpuesto en la audiencia pública de juzgamiento recurso de apelación contra la decisión de instancia, sin embargo, en escrito presentado el 30 de enero de 2020 al juzgado 14 laboral del circuito de Cali desistió del mismo, el cual fue aceptado por el Juzgado mediante auto No. 647 del 13 de febrero de 2020.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación contra la decisión de instancia; señaló que la entidad ha obrado conforme a derecho y a la ley sin coaccionar las decisiones tomadas por la demandante, que respecto de los capitales ordenados a devolver a la entidad hay montos que no fueron tenidos en cuenta por el juzgado al

momento de proferir la sentencia como los gastos de administración, los porcentajes destinados a los fondos de invalidez y sobrevivencia, además que puede existir detrimento a lo largo de la historia del capital de **CARO JARAMILLO** que conllevaría a vulnerar el principio de la sostenibilidad financiera de la entidad.

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

La apoderada judicial de Colpensiones indicó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por decisión propia como lo demuestra la respectiva firma en el formulario de afiliación, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado referenciado, razón por la cual es al fondo privado de pensiones a quien le corresponde resolver su situación pensional.

Indicó que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al régimen de ahorro individual, además al momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos bases de cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real, en el momento de la afiliación pues los ingresos podían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta la fecha.

Por todo ello y al no tener ninguna injerencia en el traslado solicitó que se revoque la condena en costas procesales.

ALEGATOS DE COLFONDOS

La apoderada judicial de COLFONDOS indicó que su representada brindó la información requerida a la demandante; que se debe tener en cuenta que las condiciones del mercado financiero y las circunstancias en que se encontraba la demandante al momento de la afiliación, eran muy diferentes a la de los últimos 10 años.

Indicó que la información escrita se la entregó a la demandante, por lo cual, no cuenta con ella para presentarla al proceso, además que la asesoría para la época de la afiliación era verbal sin necesidad de realizar proyecciones de la mesada pensional.

Se quejó de la orden de devolver los gastos de administración puesto que, se está ordenándose la entrega de los rendimientos financieros, lo cual no es compatible entre sí.

ALEGATOS DE LA UGPP

El apoderado judicial de la UGPP adujo que para la fecha en que se afirma que la demandante se trasladó de régimen pensional, la UGPP no había nacido a la vida jurídica, y desde su creación (Ley 1151 de 2007) se estableció, en torno al tema que se discute en este proceso, como su función, el reconocimiento de las obligaciones del régimen de prima media a cargo de las entidades públicas del orden nacional que estén o se hayan liquidado, de manera que, nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

Esta entidad presentó alegatos de conclusión, no obstante, no se relacionarán en esta providencia, toda vez que mediante Auto No. 281 del 29 de enero de 2020 en audiencia de saneamiento, el Juzgado de instancia desvinculó del proceso a Porvenir S.A..

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la nulidad del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **COLFONDOS**. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de esa declaración.

Respecto del **deber de información**, 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.

En tal sentido, el deber de información no se supe ni 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; ni al tiempo en que la demandante estuvo afiliado a los fondos privados, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que los fondos de pensiones le dijeron 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.

En cuanto a 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.

En el presente caso **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de las demandadas con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario; que la demandante debió demostrar la omisión de las AFP; en razón a que 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 desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron 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 nulidad o la ineficacia 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 **COLPENSIONES** respecto a los capitales que el juez omitió ordenar devolverle los gastos de administración, los porcentajes destinados a los fondos de invalidez y sobrevivencia, esta Sala indica 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 sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. en la sentencia SL4360 de 2019 en la que 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).

De tal suerte que los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio se ordenarán 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, así mismo se ordenará la devolución de todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por lo tanto, se adicionará la sentencia en ese sentido.

Las costas impuestas en primera instancia se confirman por cuanto estas son objetivas, y están a cargo de la parte vencida en juicio, tal y como lo dispone el art. 365 del C.G.P..

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada identificada con el No. 13 del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que

se ordena a **COLFONDOS** entregar a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio.

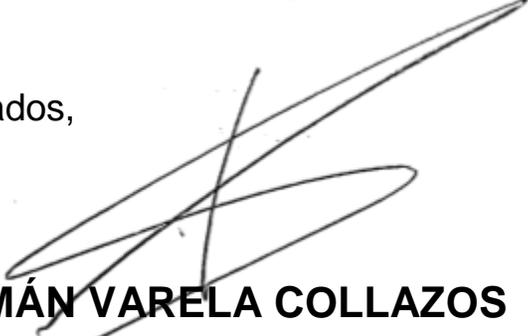
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

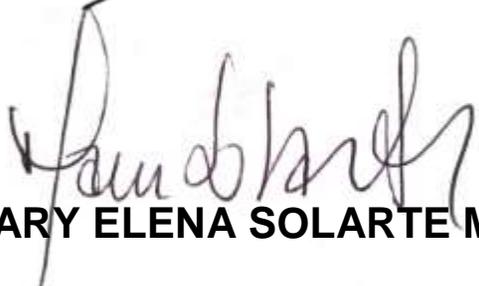
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

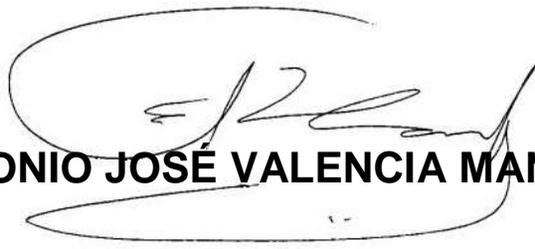
Intervinieron los Magistrados,



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:

3a0ac948822fd8059f70d13c010701faf5e31a4909ea2f9129e42
2ddd5ca23fe

Documento generado en 13/10/2020 03:03:39 p.m.