

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	ALBERTO MEJÍA DUQUE
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
RADICACIÓN	76001310500920190069401
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 262

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 la apoderada de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.158 del 7 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.195

I. ANTECEDENTES

ALBERTO MEJÍA DUQUE demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESNTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** –, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a ésta administradora, porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **COLFONDOS** a **COLPENSIONES** de los aportes, rendimientos financieros y bono pensional.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que no tuvo injerencia en la afiliación que el demandante realizó a **COLFONDOS**, quien le brindó la información requerida al momento del traslado; que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento, buena fe y prescripción.

COLFONDOS se allanó a las pretensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **ALBERTO MEJÍA DUQUE** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **COLFONDOS** la devolución de los aportes, bono pensional si lo hubiere, con los rendimientos que se hubieren causado. Ordenó a **COLPENSIONES** a recibir al demandante como afiliado al régimen que administra y la condenó en costas. Envío en consulta de la sentencia a favor de **Colpensiones** por la condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia, indicó que para que proceda el traslado de régimen se debe tener la permanencia de cinco años en el régimen del que se quiere desvincular y que no le falten diez años o menos para cumplir la edad pensional. Que el traslado del actor se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Indicó que el traslado se presume válido y cumple sus efectos en el mundo jurídico puesto que no ha sido desvirtuado por el demandante, pues el acto de afiliación no contiene vicio alguno que conlleve a su anulación, *“ya que fue expedido por autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, y su motivación es consistente y congruente con las normas superiores que regulan lo concerniente al traslado”*; por lo tanto, que los vicios que se le imputan carecen de fundamento.

Solicitó que, si se confirma la sentencia, que se ordene el reintegro a su representada de los gastos de administración, rendimientos, anulación de bonos, porcentajes destinados a pago de seguros provisionales, conforme a lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989; SL17595 de 2007; SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019; finalmente dijo que *“la obligación de recibir podría afectar directa o indirectamente a su representada”*; que ordenarle que reciba al demandante afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

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 los mismos argumentos que expuso en el juzgado para decir que no está obligada su representada a reconocer el derecho pretendido por la accionante, toda vez que el traslado de ALBERTO MEJIA DUQUE se realizó en su momento al Régimen de Ahorro Individual, de forma libre, voluntaria y sin presiones; dijo que se debe tener en cuenta que el actor después de 15 años de haberse dado el traslado de régimen pretende responsabilizar a las administradoras de su decisión, cuando con sus propios actos demostró, que lo fue de manera libre y voluntaria.

ALEGATOS DE COLFONDOS

El apoderado judicial de Colfondos se refirió sobre la devolución de gastos de administración. Indicó que las consecuencias de la nulidad establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto que debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de su representada y el fruto o mejora de la ésta es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del demandante.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Juez remitió el proceso en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES respecto a la condena en costas; no obstante, la Sala consulta la sentencia en su integridad a favor de COLPENSIONES, por

cuanto se le ordenó no solo pagar costas, sino recibir al demandante como afiliado, sus aportes, los rendimientos, el bono pensional si llegare a existir.

Entonces, de manera conjunta se resolverá la consulta y la apelación, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria y si éstas afectan o no la sostenibilidad financiera del Sistema.

Respecto al **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 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.

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.

COLFONDOS no demostró que cumplió con el deber, que les 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.

En tal sentido, ese deber de información no 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; como equivocadamente lo dice la apoderada de COLPENSIONES, pues con ellos 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de la apoderada de COLPENSIONES, con el que indica que el traslado se presume válido y cumple sus efectos en el mundo jurídico porque el demandante no lo desvirtuó, en razón a que la ineficacia del traslado se sustenta en la omisión del deber de información, por lo cual, la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no del demandante como lo indica la recurrente, porque la afirmación de no haber recibido

información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo 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 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.

Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado tal y como lo pidió la apoderada de COLPENSIONES, serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, COLFONDOS debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, 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 adiciona el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de ordenar a COLFONDOS que devuelva 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.

Por lo anterior, la orden que se dio a COLPENSIONES de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema como lo alega la recurrente, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con la devolución que debe hacer COLFONDOS de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones, los gastos de administración.

Respecto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual resulta imprescriptible.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor del 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 Cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 158 del 7 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno 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.

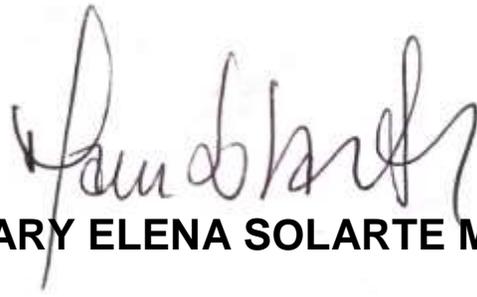
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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>.

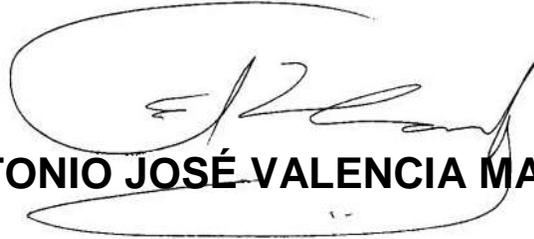
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

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:

**26d72d76e35872ebb1fb972f6aa23004c057ade329dd7161de96d7b7df
57b0b7**

Documento generado en 13/10/2020 03:04:24 p.m.