



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 42

Audiencia número: 487

En Santiago de Cali, a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación del auto número 020 del 14 de enero de 2021 y recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 012 del 25 de enero de 2021, proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por CARLOS ALIRIO NOVOA ESPEJO contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, argumentando que el fallo impugnado se basa en la falta del deber de asesoría al momento del traslado de régimen pensiona, hecho totalmente ajeno a la administradora del régimen de prima media y por ello resultaba inane la vinculación de esa entidad al proceso

A continuación la Sala profiere el siguiente



AUTO No. 174

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación que la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES, formuló contra el auto número 020 del 14 de enero de 2021, por medio del cual el juzgado de conocimiento decidió tener por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, dado que dicha entidad no hizo ningún pronunciamiento, una vez le fue notificado el auto admisorio de la demanda, al correo electrónico dispuesto para notificaciones judiciales.

APELACIÓN

La demandada COLPENSIONES argumentó en su recurso de alzada, que la parte actora no acreditó el envío previo de la demanda y sus anexos al correo electrónico dispuesto para notificación judicial, conforme al artículo 6° del Decreto Legislativo 806 del 2020, así como que no se acredita en el expediente el envío de la notificación conforme al artículo 291 del CGP.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En el presente proceso el Octavo Laboral de este Circuito, una vez agotada la ritualidad procesal pertinente, emitió el auto número 020 del 14 de enero de 2021, notificado por estado el día 15 de enero de 2021, por medio del cual tuvo por no contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, ante su falta de pronunciamiento a la notificación del auto admisorio de la demanda.

Aduce la parte apelante que en el trámite del proceso no se dio cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020 y 291 del Código General del Proceso.

La contestación de la demanda es el primer acto de ejercicio del derecho de defensa por el demandado, pero ese derecho debe ejercerlo dentro de los términos que para cada clase de asunto señala ley procesal, que para el caso a estudio lo es el artículo 74 del CPTSS que



dispone: Admitida la demanda, el juez ordenará que se dé traslado de ella al demandado o demandados para que la contesten y al Agente del Ministerio Público si fuere el caso, por un término común de diez (10) días.

Por su parte el artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020, en su inciso tercero establece que la notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Al revisarse el expediente digital, se observa en el PDF 09, el siguiente documento:

“ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA RADICADO 76001-31-05-008-2020-00379-00, DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL. Juzgado 08 Laboral - Valle Del Cauca - Cali Jue 26/11/2020 9:34 AM Para: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co 3 archivos adjuntos 07AutoAdmiteDemanda20200037900.pdf; 06Demanda20200037900.pdf; 04Anexos20200037900.pdf; Cordial saludo Dr. JUAN MIGUEL VILLA LORA, representante legal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E. El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI – VALLE, se permite notificar de manera personal el contenido del auto admisorio de la demanda No. 1226 del 13 de noviembre de 2020, proferido dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por el señor CARLOS ALIRIO NOVOA ESPEJO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, radicado bajo el No. 76001-31-05-008-2020-00379-00 La presente notificación se realiza conforme al artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020. El cual indica en su inciso tercero lo siguiente: “(...) La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.” (...) En los términos de dicha norma, se le notifica de la demanda al correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co, el cual fue suministrado por la parte demandante para el efecto, y se le corre traslado de la misma por el término de diez (10) días hábiles para que la conteste, entregándole para tal fin copia de la demanda y del mencionado auto. Se anexa lo enunciado. El secretario, EMERSON LASSO OSPINA”



Y en el PDF 10 se encuentra el siguiente documento:

“Retransmitido: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA RADICADO 76001-31- 05-008-2020-00379-00, DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL. Microsoft Outlook Jue 26/11/2020 9:34 AM Para: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co 1 archivos adjuntos (41 KB) ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA RADICADO 76001-31-05-008-2020-00379-00, DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL.; Se completó la entrega a estos destinatarios o grupos, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co (notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co) Asunto: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA RADICADO 76001-31-05-008-2020-00379-00, DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN PERSONAL”

De acuerdo con los anteriores documentos, desde el correo institucional del juzgado de conocimiento se envió la notificación del auto admisorio de la demanda al correo que tiene COLPENSIONES para notificar, “notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co”, por tanto, contaba dicha entidad hasta el 15 de diciembre de 2020 para proceder a dar contestación de la demanda, sin que en el lapso indicado haya hecho pronunciamiento alguno.

En este escenario, se hace necesario traer lo expuesto en los parágrafos 2 y 3 del artículo 31 de nuestra normatividad procesal, el cual prevé:

“(…)”

“PARÁGRAFO 2o. La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado.

PARÁGRAFO 3o. Cuando la contestación de la demanda no reúna los requisitos de este artículo o no esté acompañada de los anexos, el juez le señalará los defectos de que ella adolezca para que el demandado los subsane en el término de cinco (5) días, si no lo hiciere se tendrá por no contestada en los términos del párrafo anterior.”



Diáfano emerge que la anterior disposición normativa trae consigo una doble sanción para la parte pasiva cuando no de contestación de la demanda o no subsane en el término legal las falencias que el operador judicial señale de la misma: *i) se tendrá por no contestada la demanda y ii) se tendrá como indicio grave en contra su contra*, resaltándose además que la norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C – 102 de 2005.

En el sub-lite, es por demás evidente que COLPENSIONES, no dio contestación al libelo incoador dentro del término legal concedido, ello sin importar si la admisión de la demanda adolecía de alguna falencia, pues la norma en comento resulta ser lo suficientemente clara como para permitir un argumento subjetivo y para cada caso en particular, como lo pretende la apoderada judicial de la entidad demandada.

Así la cosas, se confirmará la decisión apelada, y se condenará en costas en esta Instancia a COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Valle, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el auto apelado No. 020 del 14 de enero de 21, proferido por el Juzgado octavo Laboral del Circuito de Cali, conforme a lo expuesto en líneas precedentes.

2.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 408



Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., ante la falta al deber de asesoría e información respecto de las ventajas y de desventajas que su cambio de régimen traería para su futuro pensional, en consecuencia de lo anterior se ordene su regreso al régimen de prima media y se disponga trasladar el saldo de su cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 12 de enero de 1962, que inició su vida laboral el 27 de julio de 1981, afiliado al entonces ISS, donde permaneció hasta mayo de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por COLFONDOS S.A., sin que se le hubiese brindado la debida asesoría e informado sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes ni la forma como se accede a las prestaciones económicas en cada uno de ellos y que el 1º de noviembre de 2019, solicitó su traslado a COLPENSIONES, obteniendo respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLFONDOS S.A. al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opuso a las pretensiones, argumentando haber brindado a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes; que la nulidad pretendida carece de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar algún vicio del consentimiento. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del



consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES, no dio dar respuesta a la acción

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia del traslado que el demandante hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A. y en consecuencia COLFONDOS S.A., deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente al actor sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación, persiguiendo la revocatoria de la orden de devolución de gastos de administración y rendimientos, argumentando que son rubros de orden legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de fondos de pensiones para su funcionamiento y con su diligente manejo se generan beneficios para los afiliados, haciendo rentar su patrimonio y que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su



estado original, no hay lugar a rendimientos, por último se queja de la condena en costas atendiendo su actuar de buena fe y ceñido a la ley.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual, en la medida que realizó su traslado en uso de su legítimo derecho de la libre escogencia de régimen pensional y no se ha demostrado causal que concluya lo contrario; que el demandante recibió la información necesaria conforme la normatividad vigente para la fecha de su traslado, cuando no existía la obligación de poner a disposición de los afiliados la proyección de la mesada o cualquier otro tipo de información, situación que cambio con posterioridad por lo que no puede imponerse dicha obligación; que el demandante se encuentra inmerso en la provisión legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no puede prosperar el traslado ordenado, pues se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se concede la consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad junto con la devolución de los gastos de administración y si resulta atendible la condena en costas a COLFONDOS S.A.



En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en el entonces por el ISS, desde el 23 de julio 1981, donde permaneció hasta mayo de 1995 cuando se afilió a COLFONDOS S.A., así lo deja ver el reporte de semanas cotizadas de COLPENSIONES obrante a folio 36 y la historia laboral de COLFONDOS S.A. de folios 30 a 34, del PDF 04 anexos.

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que sí le brindó la debida asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las



administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *“debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de **retractarse**; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el*



derecho a retractarse” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y, además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:



“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte recurrente que, con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte del demandante, que impiden la nulidad solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”



En el proceso en curso, se omitió el deber de acreditar que al actor se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen, a fin de que tomará la mejor decisión, en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí existía disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales clientes: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

De la censura DE COLFONDOS S.A., en cuanto la A que le ordenó devolver, además, las sumas que corresponden a rendimientos y gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además la SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala ahora acoge las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones...”

“Por esto mismo, 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 a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos 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 (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019).



Al declararse la ineficacia del traslado, conlleva 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 lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene el actor en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración.

La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES en cuanto considera que el demandante se encuentra válidamente vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que el faltarle menos de diez años para arribar a la edad pensional hace impróspero el traslado y que su regreso a esa entidad, vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, porque, como quedó dicho, él regresa con los aportes que realizó al RAIS, como si no se hubiese cambiado de régimen pensional.

Finalmente, del reproche por la condena en costas a COLFONDOS S.A, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...”*.

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad fue vencida en el proceso, por lo que resulta viable atender la condena en costas, de acuerdo con la norma antes citada, conforme lo considero el operador de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha analizado los argumentos presentados por la apoderada de la parte pasiva.



Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, por parte de cada una de las citadas.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 012 del 25 de enero de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, por parte de cada una de las citadas.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: CARLOS ALIRIO NOVOA ESPEJO

Correo electrónico: carlosnovoaes@gmail.com

APODERADA: ANA MARIA SANABRIA OSORIO

Correo electrónico: ana.sanabria@comomepensiono.com

DEMANDADO. COLPENSIONES

APODERADO: VIVIAN JOHANNA ROSALES CARVAJAL

Correo electrónico:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS ALIRIO NOVOA ESPEJO
VS. COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RAD. 76001-31-05-008-2020-00379-01

Correo electrónico: www.rstasociados.com.co

DEMANDADO. COLFONDOS S.A.
APODERADO: JAIR FERNANDO ATUESTA REY
Correo electrónico:
jbuitrago@bp-abogados.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella
intervinieron

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

Rad. 008-2020-00379-01