

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-007-2019-00501-01
DEMANDANTE:	DIEGO ZAPATA GALLEGO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Consulta - Apelación de Sentencia No. 24 del 29 de enero de 2020
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 30
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 243**

Hoy, cinco (05) de noviembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver los recursos de APELACIÓN impetrados por la parte demandante y las demandadas PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO ZAPATA GALLEGO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS SA y PROTECCIÓN S.A.**, radicado **76001-31-05-007-2019-00501-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

S E N T E N C I A No. 242

1) ANTECEDENTES

El señor DIEGO ZAPATA GALLEGO presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS SA y PROTECCIÓN SA con el fin de que se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por Protección SA, y en consecuencia se ordene a Protección SA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual; finalmente, pretende el pago de las costas del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-28 demanda, 144-150 contestación de la demanda

COLPENSIONES, 172-204 contestación de Protección SA, y 219-221 contestación del curador ad litem de Colfondos SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 24 del 29 de enero de 2020 en la que resolvió declarar no probados los medios exceptivos; declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante a Protección SA, y con posterioridad a Colfondos SA, en consecuencia el demandante debe ser admitido nuevamente en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo; ordenar a Colfondos SA y a Protección SA devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; así como el porcentaje de los gastos de administración. Impuso costas a Protección SA y a Colfondos SA.

2) RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante señaló que se debe imponer condena en costas a Colpensiones conforme al numeral 1° del art. 365 del CGP.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso, señalando que el demandante efectuó el traslado de forma libre y voluntaria, y contó con el tiempo suficiente para documentarse; señaló que la parte demandante debió acreditar que Protección SA incurrió en un vicio, sin que ello ocurriera.

A su vez, la apoderada de Protección señaló en resumen que, no procede la devolución de los gastos de administración, en consideración a que se encuentra autorizados conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, además porque Protección administró los aportes del demandante, con la mayor diligencia y cuidado, por tanto descontó el porcentaje correspondiente; señaló que en caso de proceder el traslado solo se retornaría lo correspondiente a los aportes del afiliado, más los rendimientos generados, pero no la comisión descontada por Protección por la gestión realizada; señaló que del art. 1746 del CC se debe entender que no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, lo que corresponde a los rendimientos, por lo que no es procedente la devolución de los gastos de administración; al respecto, citó sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 y, frente a la buena fe, a la Sala de Casación Civil.

En igual sentido, la apoderada de Colfondos SA, apeló la condena de los gastos de administración, la cual refirió se hizo de forma oficiosa por parte del demandante, precisando que las cuotas de administración están autorizadas por la Ley 797 de 2003, las cuales constituyen el ingreso de las AFP, por lo que refiere devolverlas sería un cobro de lo no debido.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 01 de octubre del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada de Colfondos S.A. argumentó que, al momento de la asesoría brindada al demandante, se contó con un grupo de asesores idóneos y calificados siempre prestos a brindar información correcta y veraz, buscando ofrecer las bases necesarias en miras a que las decisiones que se tomaran fueran las más benéficas para los afiliados. Advierte que no cuentan con registro documental de la asesoría ya que las mismas se otorgaban de manera presencial.

Por su parte, la entidad Colpensiones manifestó que el traslado a la fecha goza de plena validez. Consideró que el cambio de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual, reiteró que no está en la obligación de conceder el traslado del RAIS al RPM.

De otro lado, Protección S.A. adujo que no es procedente que se ordene la devolución de lo que el fondo descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas, además de descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración. Agregó que, el bien administrado generó frutos y rendimientos que obtuvo el afiliado y de aplicarse la teoría de la nulidad en estricto sentido, se concluiría que el actor debe devolver dichos rendimientos.

Finalmente, la parte demandante expresó que la obligación de pagar costas y agencias en derecho debe recaer también en cabeza de Colpensiones que ejerció una defensa activa dentro del proceso; por tal razón, solicitó al Honorable Tribunal Superior de Cali Sala Laboral se condene a la entidad al pago de los mismos.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que el demandante nació el 15 de mayo de 1960 (fl.30) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida e inició las cotizaciones en 1989 (fl.71) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS con Protección SA en 1997 (fl.48) y con posterioridad a Colfondos SA (fl.49).

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión del *a-quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y la condena impuesta a Protección SA y a Colfondos SA, respecto de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones junto con sus rendimientos y cotizaciones. Además, si procede la condena en costas a Colpensiones.

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los

intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que Protección SA y Colfondos SA no probaron. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o

favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Así resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, además de los gastos de administración, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir que como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido; este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que indicó:

“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.”

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente al demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente le asiste razón al apoderado de la parte demandante en cuanto COLPENSIONES debió haber sido objeto de imposición de primer grado conforme el art. 365 del C.G.P., por cuanto, al igual que los Fondos Privados resultó vencida en juicio, contestó la demanda y propuso excepciones, en consecuencia se adicionará la sentencia de primer grado en ese sentido.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por Protección SA, Colfondos SA y COLPENSIONES, se les impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal séptimo de la sentencia apelada y consultada, y en su lugar imponer condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de Protección SA, COLPENSIONES y Colfondos SA, fijese la suma de 1 SMLMV como valor de agencias en derecho, a cargo de cada una.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

Los magistrados:


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)