

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76-001-31-05-005-2017-00645-01
DEMANDANTE:	ELEANOR ALICIA COSH LACOUTURE
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Consulta -Apelación Sentencia No. 061 del 17 de junio de 2021
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

APROBADO POR ACTA No. 03
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 23

Hoy, veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021), 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 **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última respecto de la sentencia No. 061 del 17 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **ELEANOR ALICIA COSH LACOUTURE** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, radicado **76-001-31-05-005-2017-00645-01**.

A continuación se procede a proferir la siguiente: **S E N T E N C I A No. 20**

ANTECEDENTES

La señora **ELEANOR ALICIA COSH LACOUTURE**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al RAIS, y en consecuencia, solicita que se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, así mismo, se condene al traslado de la totalidad del capital de su cuenta de Ahorro Individual junto con sus rendimientos y gastos de administración; finalmente solicita el pago de las costas.

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 26 a 35 demanda, 60 a 79 contestación de la demanda por parte de **COLFONDOS S.A.**, 106 a 114 contestación del **COLPENSIONES S.A.** y **134 a 146** de la integrada como litisconsorte necesaria **PROTECCIÓN S.A.** (arts. 279 y 280 CGP).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 061 del 17 de junio de 2020, en la que resolvió declarar la ineficacia del traslado que hizo **ELEANOR ALICIA COSH LACOUTURE** al Régimen de Ahorro Individual administrado por al fondo **COLMENA S.A.** hoy **PROTECCIÓN** y posteriormente a **COLFONDOS S.A.**; Como consecuencia de lo anterior, ordenó a **COLFONDOS S.A.** Trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**; así mismo ordenó a **COLPENSIONES** que proceda aceptar el traslado de la señora **ELEANOR ALICIA MERCEDES COSH LACOUTURE**, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros, finalmente condenó a **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. (sic)** por concepto de agencias en derecho.

Para arribar a la referida conclusión adujo que la ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales, y que la el artículo 13 de la referida normatividad señala que la elección por parte del afiliado a que régimen quiera afiliarse es libre y

voluntaria, por lo que no es dable que terceros pueda influir en ella so pena de ser sancionados, en virtud de lo anterior adujo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que es obligación de los fondos de pensiones suministrar a las personas interesadas en vincularse o trasladarse a un régimen pensional brindar la información necesaria respecto de todos los componente y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no hizo **COLFONDOS S.A.**, pues de acuerdo a las probanzas no demostró haber cumplido con la referida obligación, por lo que la consecuencia ante tal omisión es la de declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante desde la fecha en que se produjo aquel hecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación y 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 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.

Por su parte, **COLPENSIONES** a través de su apoderado interpuso recurso de apelación el cual lo fundamento manifestando que las sentencia de la Corte Suprema de Justicia son equivocadas pues las mismas trasladan la carga de la prueba a las administradoras de fondos de pensiones utilizando e interpretando normas establecidas en el Código Civil; advierte que se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 1509 del código civil que señala que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad de negocio jurídico, y que por tanto la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración, es decir que la parte que accede a la suscripción de contrato debe asumir su responsabilidad y tiene como obligación entrar a demostrar la ciencia de sus dichos, lo cual no aconteció en el presente asunto.

Finalmente precisó que además de los gastos de administración, también debe trasladarse los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, mermas en la cuenta de ahorro individual por lo que solicitó ordenar el traslado de estos recursos para solventar el reconocimiento de la pensión que se llegare a causar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 01 de febrero del 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada **COLPENSIONES** adujo que el cambio de régimen efectuado por la actora cuenta con plena validez, además, advirtió que el traslado es potestad única y exclusiva del afiliado, por lo tanto, la demandante solo podría retornar al RPM cuando le faltaren más de 10 años para cumplir la edad de pensión. Agregó que durante el proceso no se logró demostrar vicios en el consentimiento que configuren la nulidad del traslado al fondo privado.

Respecto a la condena en costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones, expresó que debe ser revocada ya que las circunstancias del traslado de la actora eran ajenas a la entidad, pues su efectividad y validez no dependían de ella, ni se evidencia negligencia en su actuar. En consecuencia solicitó al TSC revocar la sentencia de primera instancia y absolver a **COLPENSIONES**.

Las demás partes dentro del proceso no presentaron alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y su consecuencial regreso a **COLPENSIONES** junto con los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la Aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

CONSIDERACIONES

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE**, con una leve adición, son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que la demandante se afilió régimen de prima media con prestación definida e inició las cotizaciones 7 de julio de 1984 (carpeta administrativa) y **2)** Que se trasladó del ISS al RAIS con **COLMENA AIG S.A.** hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario de afiliación del 27 de febrero de 1998 (PDF.147).

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 del 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 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46.292 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, éste es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que **COLMENA AIG S.A.** (hoy **PROTECCIÓN S.A.**) no probó. No puede pretenderse que la afiliada 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.

Es necesario precisar que, pese a que en el caso objeto de estudio la demandante firmó el formulario de afiliación que milita a folio 147 del pdf contentivo del expediente virtual, y que en el mismo se indica que la accionante declara que la selección del régimen pensional lo hace de forma libre, voluntaria y sin presiones, ello no es indicativo de que la administradora de fondos de pensiones hubiera probado que cumplió con el deber de brindar a la demandante la información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen con el fin de que la misma pudiera asimilar la misma y realizar la ponderación de los pros y contras de afiliarse al RAIS o al RPM.

Ello es así, teniendo en cuenta que al revisar el referido formulario de afiliación la Sala no encuentra prueba alguna que indique que a la demandante se le brindó la información que se echa de menos, es decir lo referente a las consecuencias que trae consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, la forma en que el beneficiario puede acceder a

las prestaciones económicas, en especial la de vejez, teniendo en cuenta que en el RAIS existen 6 modalidades para obtener la pensión de vejez, y la fórmula como se calcula y proyecta el monto de la mesada pensional, información que resulta de preponderante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional.

Por otro lado, respecto de la proyección realizada por **COLFONDOS S.A.** que milita a folio 15 a 17, debe tenerse en cuenta en primer lugar que la misma se da como respuesta a la solicitud de traslado elevado por el apoderado de la accionante el 2 de mayo de 2017, por lo que tal circunstancia no tiene la virtualidad para dar por demostrado que a la accionante se le brindó la información necesaria y suficiente al momento de su vinculación inicial; aunado a lo anterior, al revisar la referida documental, se puede advertir que **COLFONDOS S.A.** calcula el monto de la mesada pensional que le correspondería a la accionante de continuar vinculada al RAIS y pensionarse bajo la modalidad de retiro programado, pero se abstiene de indicar el monto de la mesada pensional que le sería reconocida en el Régimen de prima media con prestación definida, hecho que reafirma la tesis de que la accionada no cumplió con su deber legal de brindar la información completa a la accionante.

Corolario de lo hasta aquí expuesto, la Sala considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado (f. 147), 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 la demandante y la orden de remitir a **COLPENSIONES** los valores recibidos por concepto de cotizaciones y rendimientos.

Ahora bien, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, habrá de adicionarse la sentencia en el sentido que igualmente

COLFONDOS S.A. debe devolver a dicha entidad, aparte de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, los gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la Aseguradora.

Frente a la devolución de los valores recibidos por la AFP, entre ellos los gastos de administración, 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 señaló:

“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.”

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, con la leve adición referida, y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **COLFONDOS S.A.** se le 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: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que **COLFONDOS S.A.** igualmente debe devolver a **COLPENSIONES** los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente

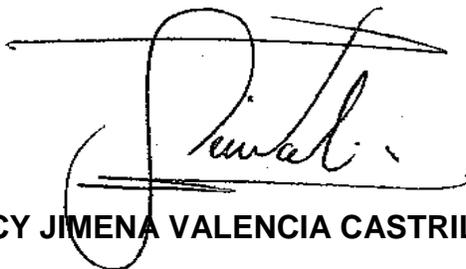
al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la Aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho Fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

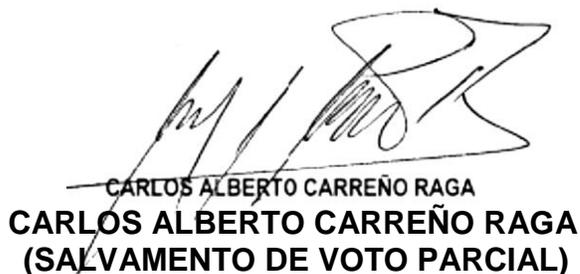
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, fíjense como agencias en derecho la suma 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



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)