



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISIÓN LABORAL

Hoy 29 de junio 2020 siendo las 2:00 pm, la Sala Primera de Decisión Laboral, se constituye en audiencia pública de juzgamiento N° 134 integrada por el suscrito quien la preside CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados L.ª. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora MARIA ELENA ESPINOSA DONEYES en contra de las AFP PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., OLD MUTUAL, COLFONDOS S.A. y la A.F.P. COLPENSIONES bajo radicación N° 76001-31-05-011-2018-00600-00 en donde se resuelve recurso de APELACIÓN interpuesto por las entidades demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL A.F.P. y COLPENSIONES, contra la sentencia N° 363 del 12 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual se DECLARÓ la nulidad de afiliación de la demandante MARIA ELENA ESPINOSA DONEYES a COLFONDOS S.A., y posteriormente a las A.F.P. PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia, generar el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados, CONDENÓ a las A.F.P. PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado de la señora MARIA ELENA ESPINOSA DONEYES, por el tiempo que haya estado afiliada a cada una de las A.F.P. del RAIS, ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir las sumas provenientes de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL A.F.P., para financiar la prestación económica que como administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella. CONDENÓ en costas a las demandadas.

RAZONES DE LA CONDENA: Considera que la obligación trasciende del simple deber de información de las A.F.P. y, como una emanación del mismo reglamento de la seguridad social, las administradoras tienen el deber del buen consejo en un ejercicio más activo al dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Determinó que los fondos privados no cumplieron con la carga probatoria que les correspondía de demostrar que en efecto se ofreció toda la información que se requería de forma clara y eficaz al momento que se surtiría el traslado de régimen pensional; lo que pretenden es demostrar que se cumplió con dicha obligación en el formulario de afiliación, sin embargo de tales documentos lo único que se observa es una leyenda sobre la voluntad de afiliación que como la demandante, no obstante, de ese documento no se desprende que en efecto PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL A.F.P., hayan cumplido con la obligación de proporcionar a la afiliada todos los beneficios y consecuencias negativas, así como las incidencias que la decisión de cambio de régimen tendría respecto del derecho pensional en proceso de consolidación, es decir, situaciones como el disfrute de la pensión, monto de la mesada, la diferencia en el pago de aportes y la pérdida del régimen de transición en el caso de que la demandante fuera beneficiaria de dicho régimen, denotando un actuar falaz de las administradoras de pensiones, frustrando su expectativa de pensión acorde con sus ingresos base de cotización. En virtud de la carga dinámica de la prueba, las entidades pasivas debían demostrar que efectivamente hayan ofrecido una información veraz en el acto de traslado, sin embargo no se cumplió con esa carga probatoria.

MOTIVO DE LA APELACIÓN AFP COLPENSIONES: Afirma que, I) en cuanto a la imposición de costas, no se logró demostrar que el demandante haya sido inducido a error o vicio en su consentimiento con las A.F.P. privadas, al momento de suscribir formulario de afiliación con la misma, donde se trasladó de régimen de prima media al de ahorro individual.

MOTIVO DE LA APELACIÓN AFP OLD MUTUAL: Sobre los numerales 3°, 4°, 5°, toda vez que, I) Se profirió condena sobre una pretensión que no fue solicitada dentro del escrito de demanda, es por eso que no guarda congruencia, especialmente sobre la condena en los gastos de administración ya que no fue solicitada por la parte demandante,

violándose el derecho de defensa y debido proceso, ii) lo indicado en el numeral 4°, no es posible, toda vez que está demostrado que el 16 de septiembre de 2018, se trasladó a protección S.A. los valores que habían en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, hecho que está demostrado y suma que ascendió al valor de \$33.162.095.25 de pesos, valor que comprendió los rendimientos de la cuenta personal y el capital acumulado; iii) respecto a la condena en costas, considera que debe revocarse y iv) en cuanto a la nulidad de afiliación de la demandante suscrita con la A.F.P., por cuanto la misma se atempero al artículo 13 de la Ley 100/93 y sus decretos reglamentarios, y para la fecha en que la accionante realizó el traslado no existía la obligación legal de dar una asesoría por escrito; v) frente a los gastos de administración, la cuenta de la demandante fue administrada conforme los requerimientos de ley, generándole rendimiento, desbordando la intención de la administradora.

MOTIVO DE APELACIÓN DE A.F.P. PROTECCIÓN S.A.: i) Respecto a la condena de devolver los gastos de administración como consecuencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado, por cuanto solo es procedente la devolución de saldos de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, más no los rendimientos financieros generados por la buena gestión de PROTECCIÓN S.A., ya que los gastos de administración se descontaron conforme a la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil. Que el contrato de afiliación nunca existió y por ende su representada nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro del demandante, los rendimientos de la cuenta del demandante nunca se causaron, por lo tanto no se debió cobrar los gastos de administración; ii) igualmente sobre las costas procesales.

MOTIVO DE LA APELACION DE A.F.P. COLFONDOS S.A.: Funda su recurso en que, i) sobre la devolución de gastos de administración que se han generado en el tiempo que el demandante estuvo afiliado en su representada, manifiesta que la comisión de administración es aquella que cobra la A.F.P. para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados de la cual se debe pagar el seguro provisional a la compañía de seguros.

MOTIVO DE LA APELACIÓN DE A.F.P. PORVENIR S.A.: Argumenta que, i) respecto a los gastos de administración no hay lugar a su cobro toda vez que la administración de la cuenta de la demandante ha sido bajo los parámetros de la ley, de forma transparente; ii) los descuentos que se le han realizado al demandante por concepto de administración de aportes, ha tenido soporte en la preceptiva vigente, a través de la cual se estableció con toda claridad que el descuento por concepto de administración se debe realizar sobre el ingreso base de cotización; iii) Que resulta un imposible jurídico, reintegrar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de comisión de administración, teniendo en cuenta que entre el porcentaje global de comisión por administración de aportes, un porcentaje se destina a pagar la póliza para cubrimiento de los seguros de invalidez, muerte y otros para financiar los gastos de administración y fogafin; iv) que resulta imposible la devolución a colpensiones del porcentaje descontado por concepto de comisión de administración, toda vez que esos recursos ya fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro de pensión de la demandante.

Situación procesal que para su dilucidación exige poner de presente que la base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por la A quo, razón por la cual procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponda.

En este estado de la diligencia se advierte la presencia de...

SENTENCIA No. 130

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**.

Por ser menester desarrollar el grado jurisdiccional de consulta, conforme la decisión de la sala mayoritaria en esta nos ocuparemos, para luego proceder a estudiar los puntos de las apelaciones, de ser el caso.

CONSULTA: Son razones:

Es necesario para lo sustantivo del asunto, determinar que en el mundo de las obligaciones jurídicas particularmente, en el campo de los aseguramientos, bien civil, comercial o pensional, la doctrina¹ y la jurisprudencia² han reconocido la estricta necesidad que tiene la parte pasiva aseguradora de acreditar lo que es consustancial a todo acto de ese tipo, la debida información a la parte débil en estas transacciones, lo cual obedece a la presencia del principio de la buena fe, del que deriva la necesidad de una cabal información, se repite, asunto exigido en el marco del derecho civil, comercial y pensional, sin que en éste exista alguna razón para su desatención, ya que es la base o el estribo que rige la figura del traslado entre los sistemas pensionales, lo que también se presenta en la movilidad pensional, pues para eso la ley 100/93 estatuye el derecho a migrar o cambiar de régimen pensional.

Pero hay más, también en el derecho común y comercial, se da por establecido la figura de la inversión de la carga de la prueba, la que nos permite averiguar a quien le compete acreditar esa debida información, suceso igualmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina³, de modo que si eso acontece en el mundo del derecho privado con mayor razón se recibe tal postulado en el derecho social, dada la trascendencia que el tema pensional tiene dentro de la seguridad social en pensiones, para que ese acto sea pleno, eficaz y surta efectos jurídicos.

También hay que tener en cuenta que en el presente asunto, no se advierte de manera objetiva el haberse brindado al accionante la debida información, lo que en todos los casos de esta situación debe advertirse, no siendo prueba de ello el mero hecho de la firma del formulario. La Sala de Casación Laboral, con sentencia **SL413-2018** precisó el criterio jurisprudencial contenido en la **providencia CSJ SL, 13 marzo. 2013, rad. 42787**, en el sentido de que la afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación. Lo que está probado es que el **29 de marzo de 1990** (fl. 18) ingresó al régimen de prima media, para luego cambiarse al RAIS en el fondo A.F.P. COLFONDOS S.A. el **24 de mayo de 1994** (fl. 127), posteriormente pasó a PORVENIR S.A., el **12 de febrero de 1999** (fl. 243), de ahí se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el **17 de diciembre de 2001** (fl. 194), pasó a OLD MUTUAL el **22 de marzo de 2007** (fl. 165), para volver a PROTECCIÓN S.A. el **14 de julio de 2008** (fl. 165).

De otro lado resulta necesario indicar conforme a la sentencia **C-177/1998**, que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las administradoras, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora.

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: I) "Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... II) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... III) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Acta No. 056, Rad. No. 31314 del 09 de septiembre de 2008, que recuerda la de radicado 31989 de la misma fecha: "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia sea la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

³ Idem, "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la administración de pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene el carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

Cabe anotar también, de modo especial respecto de los gastos de administración que, como lo reconoce la jurisprudencia especializada, esa conducta indebida de la administradora hace a su cargo el asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, para el caso, los gastos examinados⁴.

Examinada la consulta con la nulidad del traslado, pasa la sala a examinar los motivos de las apelaciones.

Respecto a las **APELACIONES**: Procede la Sala a resolver las propuestas así:

Por la parte **DEMANDADA COLPENSIONES**:

En lo relativo a la condena en costas, tenemos que la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda, lo que dio lugar a la imposición de costas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P.

Por la parte **DEMANDADA PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL**: Respecto de la condena en costas, la sala considera:

Si bien no se opusieron a las pretensiones de la demanda, las entidades presentaron medios exceptivos tales como el de prescripción, inexistencia de la obligación, entre otros, para atacar lo solicitado en la parte petitoria de la demanda. Situación que da lugar a la imposición de costas de conformidad con el artículo 365 del C.G.P.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia No. 363 del 12 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, las que se fijaran en el momento procesal oportuno.

Se notifica en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA.
(salvo voto consulta)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA.


GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO.

⁴ Idem.