



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

Hoy 29 de JULIO DEL 2020 siendo las 2:00 pm, la Sala Primera de Decisión Laboral, se constituye en audiencia pública de juzgamiento No. 123, integrada por el suscrito quien la preside CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora (a) ALBERTO ESPEJO NIETO en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, bajo radicación N° 018-2019-0395-01 en donde se resuelve recurso de APELACIÓN interpuesto por PROTECCIÓN y DTE, en contra de la *sentencia N° 346 del 26 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual DECLARÓ la INEFICACIA DEL TRASLADO, y ORDENÓ a PROTECCIÓN trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, sumas de las aseguradoras y gastos de administración, y ORDENÓ a COLPENSIONES recibirla. Condena en costas a PROTECCIÓN.

Apelación PROTECCIÓN: a) no es dable devolver las sumas de administración, pues estos dineros fueron descontados de la cuenta del afiliado y se llevó a cabo la gestión de administración por parte del fondo, obteniendo el dte beneficios y rendimientos en su dinero, b) tampoco hay lugar a devolver lo descontado por seguro toda vez que esos dineros ya fueron destinados a la aseguradora correspondiente.

Apelación Dte: i) debe condenarse en costas a Colpensiones porque si bien ella no tuvo incidencia en el traslado, si tuvo negativa al traslado en la etapa administrativa y se opone en la contestación de la demanda y se resuelve de forma desfavorable el presente proceso conforme el art. 365 CGP.

Conocida por las partes los supuestos fácticos, así como la sentencia dictada por la A quo, procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

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

SENTENCIA No. 129

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe CONFIRMARSE, son razones:

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

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

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 habersele 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.

Pero lo que sí está probado en el presente proceso, es que el **12 de diciembre de 1973** (fl. 107) ingresó al régimen de prima media, para luego cambiarse al RAIS en el fondo **COLFONDOS** el **05 de septiembre del 2000** (fl. 118), para luego pasar a la **AFP SANTANDER** luego **ING** el **30 de octubre del 2007** (fl. 166), y tras la fusión de las **AFP ING y PROTECCIÓN** pasa a esta última a partir del **31 de diciembre de 2012** (fl. 186).

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 es 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 desde 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.*"

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 dos administradoras, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora.

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.

Con los anteriores argumentos, no solo queda examinada la consulta de la nulidad del traslado, sino que también se superan los puntos de apelación de PROTECCIÓN sobre la imposibilidad de trasladar los gastos de administración, rendimientos y seguro de operatividad.

Por la parte **DEMANDANTE**: Respecto a las costas, la Sala considera:

Ahora bien, respecto de la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, es de manifestar su procedencia dado que la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda oponiéndose a las pretensiones y excepcionando en su contestación (fl. 98), luego no hay duda que hay lugar a la imposición procesal de costas, esto de conformidad con lo reglado en el **art. 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. **REVOCAR** el numeral 7º de la sentencia apelada para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES en costas en primera instancia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A, a favor del demandante; las agencias se fijarán en el momento procesal oportuno.

Se notifica en estrados.

Los Magistrados,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto parcial consulta

MARIA NANCY GARCIA GARCIA.

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

⁴ Idem.