



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

Hoy 16 de Septiembre de 2020 siendo las 2 p.m., la Sala Primera de Decisión Laboral, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 161**, 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 **JULIETA HENAO RAMIREZ** contra de **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A** bajo radicación N° 76001-31-05-**016-2019-00158-00** en donde se resuelve recurso de APELACIÓN y EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de Colpensiones respecto de la sentencia N° 0027 del 5 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual declaró la nulidad de la afiliación del RPM al RAIS efectuado por la señora HENAO RAMIREZ y de todas las afiliaciones que esta haya tenido a administradoras de este último régimen, conservándose el RPM, CONDENANDO a la AFP COLFONDOS S.A a trasladar los aportes que tiene el accionante en su cuenta de ahorro individual, a COLPENSIONES, costas a cargo de COLFONDOS Y PROTECCION.

Al correr traslado se presentaron los siguientes alegatos de conclusión por los apoderados de las partes:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b/g/person/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EZGHodmJYqFLsdGSaygix-sBjGX_ID9etCW8eEPSliFG-A?e=uks9ku

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b/g/person/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/ESBb_ghVGF5Ng7iP86B8ZcwBbp9ESp9oVCWmRLUtXyQ4UQ?e=jt3SFW

Razones de la condena:

Que tal como lo expresan la demandante, cuando se trasladó al RAIS ni el asesor ni la administradora le brindaron la información ni asesoría necesaria y veraz para tener una visión más clara de la conveniencia o no de efectuar dicho traslado, destaca la juez que le corresponde al fondo probar que brindo la asesoría necesaria, pero al proceso no compareció ninguno de los intervinientes al momento de brindar la asesoría en el traslado a la afiliada, ni tampoco de la prueba documental se desprende que en tal asesoría se haya detallado de los beneficios o limitaciones que produce el traslado al RAI frente al RPM, muy a pesar que exista formulario de afiliación.

El despacho concluye que a la demandante se la llevo a cometer un error en el acto jurídico de la afiliación lo que llevo a la nulidad o ineficacia de la afiliación y ordeno el traslado a la demandante señora Julieta Henao al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones y se proceda al traslado de todos los valores y el bono pensional.

Por último, en su sentencia destaco que el derecho reclamado no prescribe ni las demás excepciones presentadas.

Condeno en Costas a Colfondos S.A. y Protección S.A.

No conforme con la sentencia el apoderado de la parte demandante presenta recurso de apelación y en su sustento expone que la Juez de instancia al momento de fallar el proceso no ordeno el traslado de los intereses, gastos de administración y todo lo relacionado con la causación del dinero a favor de la parte demandada a Colpensiones y solicita al tribunal adicionar estos puntos en la sentencia de segunda instancia.

Los fondos ni Colpensiones apelaron la decisión de instancia falta saber las razones de la apelación, y que se conoce también de la consulta.

SENTENCIA No 148.

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe modificarse.

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 doctrina y la jurisprudencia 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, sucesos igualmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina, 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 ni asesoría, 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 **12 de septiembre de 1986** (fl. 30) ingresó al régimen de prima media, del antiguo ISS hoy Colpensiones para luego cambiarse al RAIS en el fondo **A.F.P. COLMENA HOY PROTECCION S.A.** el **06 de julio de 1995** (fl.26) y a **COLFONDOS S.A.** el **25 de abril de 2003** (fl.28).

De otro lado resulta necesario indicar conforme a la sentencia **C-177/1998**, que con la operatividad del traslado pensional se les 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.

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 examinados.

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

Respecto a las **APELACION interpuesta por el apoderado del demandante**, procede la Sala a resolver las propuestas así:

En el sustento de apelación el apoderado solicita a esta Corporación ordenar el traslado de los intereses, gastos de administración y todo lo relacionado con la causación del dinero a favor de la parte demandada a Colpensiones y solicita al Tribunal adicionar estos puntos en la sentencia de segunda instancia.

Ante esta solicitud esta Sala considera no existen razones jurídicas para que la administradora del RAIS no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues de no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad, y un perjuicio para COLPENSIONES, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones. Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida.

En sentencia de Casación del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, la Corte Suprema de Justicia 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.”

Sin embargo, el apelante al sustentar su recurso no determina qué tipo de intereses deberían ser los entregados a Colpensiones, menos expresa sobre que dineros se causarían, tampoco como se producirían o generarían, por lo que ante el no sustento convincente del origen de los mismos la situación lleva a esta sala a no despachar favorablemente este solo punto del petitum de la apelación

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. **Modificar**, La Sentencia apelada N° 0027 del 5 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los periodos que administraron las cotizaciones del demandante, al igual que los rendimientos financieros, bonos si lo hay y todo lo relacionado con la causación del dinero a favor de la parte demandada a Colpensiones.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.
2. **Sin costas** en esta instancia.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

(Salvo Voto Consulta por la Consulta)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA.


GERMÁN DARIO GÓEZ VINASCO.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

DEMANDANTE: JULIETA HENAO RAMIREZ
DEMANDADOS: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A
RADICACION: N° 76001-31-05-016- 2019-00158-00

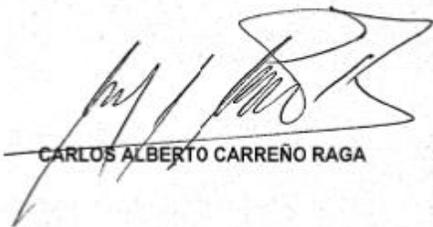
SALVAMENTO DE VOTO POR LA CONSULTA

El despacho se aparta del grado jurisdiccional de consulta conferido a COLPENSIONES proferido en sentencia de primera instancia por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se

acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).

4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar open legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA