

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LUIS FERNANDO GARCÍA CARDONA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A..
RADICACIÓN	76001310500320190053001
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 260

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 151 del 23 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 193

I. ANTECEDENTES

LUIS FERNANDO GARCÍA CARDONA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **COLFONDOS** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **COLFONDOS** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que los documentos aportados con la demanda, la parte activa no se logra si quiera inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

COLFONDOS S.A. indicó que se allana a las pretensiones de la demanda de conformidad con el artículo 89 del Código General del Proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó LUIS FERNANDO GARCÍA CARDONA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a COLFONDOS la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, con los rendimientos financieros y los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que la afiliación del actor se realizó legítimamente y con fundamento en la libre escogencia del fondo de pensiones establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual en su sentir no puede predicarse la nulidad por vicio en el consentimiento al no existir razones fácticas ni jurídicas para afiliar al demandante cuando este se encuentra válidamente afiliado a otro fondo de pensiones.

El apoderado de **COLFONDOS** señaló que no hay lugar la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta que de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, le es dable a los fondos de pensiones generar los descuentos por comisión de administración, pues así también lo dispone la Superfinanciera. Indicó que el 3% del IBC se destina para gastos de administración y para el seguro previsional, el cual se paga mes a mes a una aseguradora para en caso de ocurrir un siniestro por invalidez o sobrevivencia, se cubra la suma adicional. Que en el caso del demandante se han generado rendimientos financieros por doscientos treinta dos millones de pesos.

Adujo que durante el tiempo en que el actor ha estado afiliado a COLFONDOS se ha realizado la administración de los recursos con la mayor diligencia y cuidado, pues la AFP es una entidad experta en inversiones financieras, lo cual se evidencia en los buenos rendimientos generados.

Señaló que, en el caso de mantenerse la nulidad o ineficacia del traslado, únicamente es procedente devolver los aportes más los rendimientos pero no la devolución de los gastos de administración, pues son comisiones generadas durante la administración conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil que trata de los efectos de la declaratoria de la nulidad y no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y rendimientos. Que ordenar su devolución sería un enriquecimiento sin causa.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial de Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada de las pretensiones. Dijo que el demandante pretende invalidar un acto que ya produjo sus efectos jurídicos, toda vez que efectuó por muchos años sus aportes en pensión al fondo privado, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones a Colpensiones. Señaló que la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía el demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones (art 13 literal b / ley 100 de 1993), razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento, así que, no existen razones fácticas ni

4

jurídicas para que su representada considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente en el RAIS; que el demandante nunca allegó solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional, tal y como lo consagra el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

El apoderado judicial de Colfondos reiteró los argumentos presentados en el recurso, e insistió sobre las consecuencias de la nulidad establecidas en el artículo 1746 del Código Civil, que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto que debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de su representada y el fruto o mejora de la ésta es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del demandante.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a COLFONDOS de devolver los gastos de administración.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a COLFONDOS desde su fundación; tampoco es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el

fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

COLFONDOS no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de allí que, no le asiste razón a Colpensiones en su apelación.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **COLFONDOS** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa, en razón a que también recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del

capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

‘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.”

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, no es una consecuencia derivada de las restituciones mutuas reguladas en el Código Civil, sino que la orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración se precisará la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de COLFONDOS.

Respecto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual resulta imprescriptible.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: PRECISAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 151 del 23 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a COLFONDOS de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

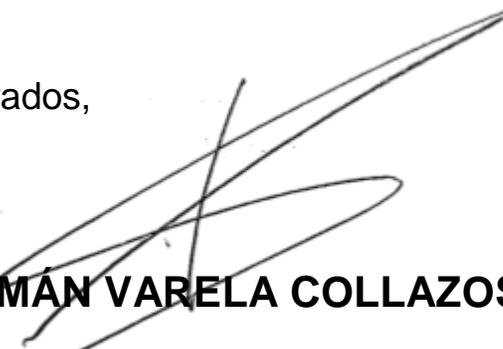
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación

de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

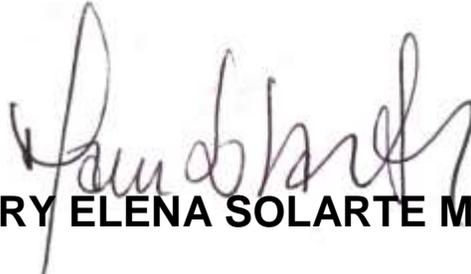
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

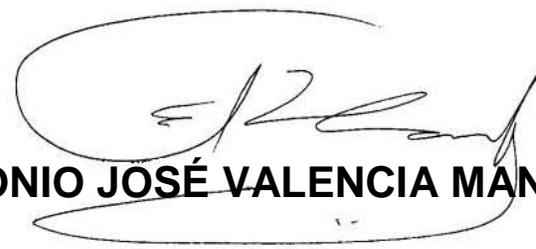
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

GERMAN VARELA COLLAZOS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**a60c71b92559e290808ae503b2b7ed4e8a5fcd2516782f0c82505b36330
2d6c5**

Documento generado en 13/10/2020 03:04:40 p.m.