

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-003-2020-00058-01
DEMANDANTE:	ALBA MILENA VACA DOMÍNGUEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 207 del 02 de septiembre de 2020
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA

APROBADO POR ACTA No. 04
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 37

Hoy, tres (03) de marzo 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 207 del 02 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **ALBA MILENA VACA DOMÍNGUEZ** contra **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-003-2020-00058-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA No. 33**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 4 a 28, y en las contestaciones militantes a folios 172 a 180 por parte de **COLPENSIONES**, 293 a 313 la de **PORVENIR S.A.**, y 316 a 350 la emanada de **PROTECCIÓN S.A.**, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de la Sentencia No. 207 del 02 de septiembre de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **PORVENIR S.A.** y posteriormente a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** **2)** En consecuencia, ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar de todos los valores que hubiesen recibido con ocasión del traslado de la demandante, entre estos, las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración. **3)** condenó en costas a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la **AFP PORVENIR S.A.**, haber brindado una información clara, suficiente y calificada, con el fin de ilustrar a la demandante adecuadamente sobre todas las consecuencias acarreadas con la decisión del traslado, En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario, viciando incluso actuaciones posteriores realizadas con ocasión de ese hecho, como por ejemplo, posteriores traslados. En consecuencia, procedió a declarar la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que el traslado de la actora se dio en ejercicio de la legítima potestad de traslado, actuación para la cual estaba en pleno uso de sus derechos, y en ese sentido, de haberse opuesto la entidad, habría incurrido en una transgresión a la posibilidad de elegir libremente el régimen pensional. Por último, hizo énfasis que al acceder a la ineficacia solicitada se genera un traumatismo financiero para la entidad, quien tendría la carga de reconocer las prestaciones económicas en favor de la afiliada. Además, a esta última le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que, la entidad cumplió con el deber de información, de acuerdo con la normativa vigente de la época, recibiendo la información necesaria y suficiente para comprender las consecuencias del traslado. De igual forma, no se exigía documentar la información brindada, pues bastaba con la suscripción del formulario de afiliación conforme el Decreto 692 de 1994, por lo que no puede exigírsele formalidades sobre el deber de información, planteados en jurisprudencia y normas posteriores. Agregó que el afiliado también tenía la obligación de documentarse sobre las incidencias del traslado de régimen pensional. Que en el caso de la demandante, el hecho de haberse trasladado de Fondo en el RAIS muestra la intención de permanecer en este régimen. Expuso también que la ineficacia declarada, permite colegir que no perteneció al RAIS, por lo que no hay lugar a devolver los rendimientos, como tampoco los gastos de administración que la entidad invirtió con miras a incrementar los dineros aportados, actuando de buena fe y con transparencia.

De otro lado, **PROTECCIÓN** afirmó no hay lugar a trasladar lo descontado por comisión de administración, en atención a que estos recursos corresponden a un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, recursos que en su consideración, fueron bien administrados por la entidad, y muestra de ello son los buenos rendimientos generados a partir de allí, por lo que solo procede la devolución de los aportes recibidos y los rendimientos generados. Acto seguido, explicó que una consecuencia de la nulidad declarada, de conformidad con lo establecido en el artículo 1716 del Código Civil, es que las cosas regresen a su estado natural antes de realizarse el contrato viciado, conocido entonces como las restituciones mutuas, concepto en virtud del cual la entidad no puede regresar tales recursos, adicionando que eventualmente constituirían un enriquecimiento sin causa.

Por último, expreso en relación con la condena en costas, que la ineficacia concluida estuvo cimentada en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a la fecha de afiliación de la demandante, época donde **PROTECCIÓN** siempre actuó de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 09 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión,

Dentro de la oportunidad, la demandada **COLPENSIONES** solicitó al TSC revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto de afiliación ya produjo efectos jurídicos, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones. Insistió en que la afiliado se traspasó de régimen en virtud del derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones, por lo tanto, concluyó que no se evidencian vicios en el consentimiento, más cuando no se allegó solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** adujo que resulta improcedente la devolución de dineros por concepto de gastos de administración, ya que las mismas fueron causadas y se extinguieron en el cumplimiento de su objetivo. Advirtió que de aplicarse en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante restitución completa de las pretensiones, se llegaría a la conclusión que la afiliada debe devolver los rendimientos de cuenta a la AFP.

Finalmente, la AFP **PORVENIR S.A.** afirmó que cumplió con el deber de información clara, veraz y oportuna que dicta la norma, como consecuencia, la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional. Advirtió que la demandante contaba con plena capacidad legal suficiente para dar su consentimiento y decidir el traslado del régimen. Expresó sobre la improcedencia de la devolución de gastos de administración y prima de seguro provisional, por cuanto las mismas fueron destinadas al cumplimiento de su objetivo; por lo anterior, solicita al TSC se absuelva a la AFP.

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PROTECCIÓN S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes, e incluso el porcentaje de gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** La señora **ALBA MILENA VACA DOMINGUEZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1951 y 1995 (Archivo 03 ED). **2)** Que el 03 de septiembre de 1995 la demandante suscribió formulario de afiliación a **AFP PORVENIR S.A.** (f. 61). **4)** Posteriormente, el 27 de diciembre de 2001 suscribió formulario de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (fs. 62-68). **6)** Que la demandante solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al régimen de prima media, a lo que no accedió la entidad en comunicación del 19 de julio de 2019 (fs. 76-79).

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar 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 el 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. (Subraya el Despacho).

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, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, 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, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PORVENIR S.A.**, Fondo seleccionado por la demandante previa estancia en el ISS, no probó.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de "*afirmaciones o negaciones indefinidas*", se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el

acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación de la demandante,** 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.

Súmese a lo dicho que, si bien la actora lleva más de 20 años afiliada al RAIS, este hecho por sí solo no le otorga la razón a **PORVENIR S.A.**, pues debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, dicha entidad no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y entiéndase, lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados posteriores dentro del mismo régimen, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Con todo, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó de la actora y la orden de

remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los gastos de administración.

En este punto, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, observa la Sala que en la decisión estudiada solo se le impuso a **PROTECCIÓN** la obligación de devolver los gastos de administración, motivo por el cual habrá de adicionarse la sentencia en el sentido que igualmente **PORVENIR S.A.** debe devolver a dicha entidad todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la accionante, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

Ahora, precisamente en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, tópico cuestionado por **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, concluye esta Colegiatura que tampoco le asiste razón a las apelantes en este punto, ya que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de estos rubros al RPM. Este tema de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que 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.”

Ahora bien, la orden a **COLPENSIONES** de recibir nuevamente a la demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de dicha entidad.

Es por lo anterior que se adicionará la Sentencia en los términos indicados, confirmándose en los demás aspectos. Como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**, se les impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las citadas.

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:

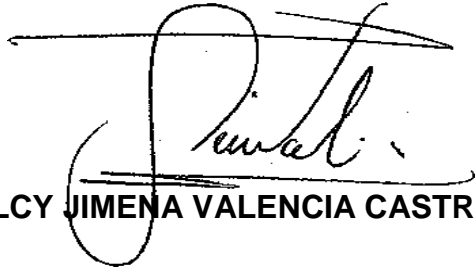
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** a devolver debidamente indexados a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la señora **ALBA MILENA VACA DOMÍNGUEZ**, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

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

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

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)