

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:	76001-31-05-008-2019-00763-01
DEMANDANTE:	LUCY MARLENE LADINO HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 108 del 12 de marzo de 2020.
JUZGADO:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA y CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 08
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 79

Hoy, veintiséis (26) de abril 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., COLFONDOS 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. 108 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LUCY MARLENE LADINO HERNÁNDEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-008-2019-00763-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 67**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 64 a 97, y en las contestaciones militantes a folios 137 a 146, por parte de **COLPENSIONES**, folios 158 a 177 la de **PORVENIR S.A.**, folios 185 a 215 la emanada de **PROTECCIÓN S.A.**, y el allanamiento visible a folio 260 proveniente de **COLFONDOS 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. 108 del 12 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo 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 la demandada **PROTECCIÓN S.A.** el traslado de todos los valores que hubiese recibido con ocasión del traslado y afiliación de la demandante, incluyendo los gastos de administración debidamente indexados, y los rendimientos. En ese sentido, le impuso a **PORVENIR** y **COLFONDOS** la obligación de devolver los gastos de administración indexados, por el tiempo de afiliación de la demandante. **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 a la demandante, al momento de ofrecer la posibilidad de traslado de régimen, una información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería, detallando, entre otras cosas, la distribución de los aportes, descuentos, gastos de administración, riesgos derivados de las inversiones de la AFP, y un punto importante, la proyección de una mesada pensional, datos con los cuales podría decirse, conoció todas las aristas de su decisión. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario, sumado a que ni siquiera hay prueba de la asesoría debida antes del cumplimiento de la edad de 47 años.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que el traslado de la actora se dio en ejercicio de su derecho a trasladarse de régimen.

Añadió que a la demandante le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, hecho que le impide trasladarse de régimen.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que la entidad cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para la época del traslado de la actora. Así mismo, expresó que como consecuencia de lo declarado, al tenerse que no estuvo afiliada al RAIS, debe entenderse que sus aportes no estuvieron en una cuenta de ahorro individual, y en ese sentido, no generaron rendimientos, como tampoco hay lugar a devolver lo correspondiente a gastos de administración, pues de hacerlo, generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la demandante. Por último, reprochó que al momento de imponer condena en costas no se dijo nada de **PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES**, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones.

De otro lado, **PROTECCIÓN** afirmó que 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. 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, pues la actora recibiría unos rendimientos, sin reconocer suma alguna como contraprestación a la actividad de la AFP.

Por su parte, **COLFONDOS** insistió que los gastos de administración son descuentos autorizados por la legislación, a través de los cuales hizo rentar los aportes de la demandante, y al concluirse en la ineficacia, tales rendimientos deberían ser reintegrados por ella.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 22 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.**, y la parte demandante **LUCY MARLENE LADINO HERNÁNDEZ**, presentaron escrito de apelación, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

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, incluso el porcentaje de gastos de administración, al igual que la orden impuesta a **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, de regresar lo correspondiente a gastos de administración debidamente indexados, recibidos durante el tiempo de afiliación de la actora a esta entidad.

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 **LUCY MARLENE LADINO HERNÁNDEZ**, se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1984 y 1997 (fs. 4 a 5). **2)** Que para el 24 de julio de 1997 suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** (f. 6). **4)** Posteriormente, en el mes de mayo de 1999 la demandante se trasladó de AFP, con destino a **COLFONDOS S.A.** (f.179). **5)** Que el 04 de octubre de 2001 suscribió formulario de afiliación a **PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (fs. 216 a 217 y 221-237). **6)** Que el 26 de agosto de 2019 la demandante solicitó a **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** la ineficacia de su traslado de régimen, y la consecuente afiliación al régimen de prima media, a lo que no accedieron tales entidades (fs. 25 a 32).

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 a PORVENIR S.A.**, 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 15 años afiliada al RAIS, 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, con 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 **A PROTECCIÓN S.A.** de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los gastos de administración recibidos por las **AFP PORVENIR y COLFONDOS**.

Respecto a lo señalado por los apelantes **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, concluye esta Colegiatura que tampoco les asiste razón, 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 tales emolumentos al RPM. Este tópico 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 cuanto al reproche presentado por la apoderada de **PORVENIR**, relativo a que **COLPENSIONES y PROTECCIÓN** debieron ser condenado al pago de las costas en primer grado conforme el art. 365 del C.G.P., considera la Sala que como integrante del extremo pasivo, la recurrente no está legitimada para efectuar esta clase de manifestaciones, en atención a que las consecuencias de cara a quien resulte vencido en juicio, benefician o perjudican, según sea el caso, a la contraparte, quien en el presente asunto guardó silencio al respecto.

Con todo, habrá de confirmarse la decisión apelada y consultada. Al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. 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.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI-VALLE**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

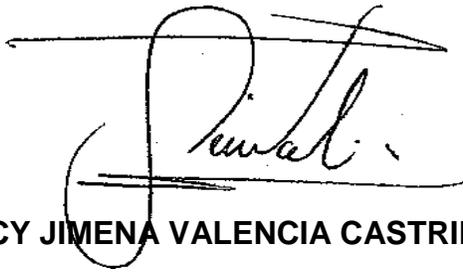
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No.108 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad.

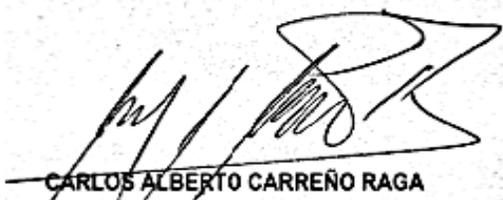
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, fíjense la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*