

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:	76001-31-05-015-2019-00424-01
DEMANDANTE:	CARMEN ELENA BEDOYA LÓPEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 203 del 09 de julio de 2020.
JUZGADO:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 13

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 156

Hoy, diez (10) de mayo 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 lo no apelado por esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 203 del 09 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **CARMEN ELENA BEDOYA LÓPEZ** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, radicado **76001-31-05-015-2019-00424-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 133**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 24, y en las contestaciones militantes a folios 82 a 86 por parte de **COLPENSIONES**, 105 a 131 de **PROTECCIÓN S.A.** y la realizada por **PORVENIR S.A.** militante a folios 162 a 176 del expediente virtual, 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

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, mediante Sentencia No. 203 del 09 de julio de 2020, en la que resolvió: Declarar la nulidad de la afiliación de la demandante efectuado inicialmente por **COLMENA** el 08 de febrero de 1997, posteriormente por **COLMENA ING** el 01 de abril de 2000 y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, como consecuencia de lo anterior, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses como lo dispone el art.1746 del C.C., en igual forma condenó a **PROTECCIÓN** a devolver los gastos de administración debidamente indexados por el periodo que administró los bienes de la demandante, a **COLPENSIONES**. Adicionalmente, condenó a **COLPENSIONES** a vincular válidamente a la demandante en el régimen de prima media, condenó en costas a las entidades demandadas y negó la consulta en favor de **COLPENSIONES**.

Como fundamento de la decisión, el *A quo* indicó que no se allegaron pruebas que logran demostrar que para la fecha del primer traslado de régimen pensional, la Administradora hubiese otorgado a la información necesaria y suficiente de las consecuencias de cambiarse de Fondo Pensional; por lo tanto, declaró la nulidad de traslado y ordenó a **PORVENIR S.A.**, quien es la última entidad donde la actora se encuentra afiliada, a devolver todos los dineros de la cuenta individual a **COLPENSIONES**. Además, ordenó a **PROTECCIÓN** a devolver los gastos de administración durante el periodo que administró dichos valores.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** señaló que la demandante no arrimó las pruebas suficientes para declarar la nulidad del traslado de Fondo, pues la actora tenía el deber de demostrar que fue engañada al momento de afiliarse al RAIS. Agregó que al existir una condena indirecta en contra de **COLPENSIONES** el Tribunal Superior debe conocer la sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad, pues se le obliga a recibir a la actora en el Régimen de Prima Media y por ende, se le deberá reconocer el subsidio económico que entrega el Estado colombiano para todas las personas que se pensionan.

A su turno, el mandatario de **PORVENIR S.A.** adujo, en resumen, que no se lograron establecer los componentes del art. 271 de la Ley 100, pues no se probó la existencia de la fuerza o el dolo para declarar la ineficacia.

Sobre las condenas impuestas, indicó que, no procede ni tiene asidero jurídico la devolución de los gastos de administración, pues al declarar la nulidad de pleno derecho se tendría que aplicar el art. 113 de la Ley 100, la cual establece cuales son los elementos que se deben trasladar y no se debe dar cumplimiento al art. 1746; pues si bien la Corte Suprema de Justicia trata de manera indistinta la nulidad y la ineficacia, es importante que en los términos de la sentencia C-345 de 2017, éstos elementos si se logren distinguir, toda vez que sus consecuencias jurídicas son distintas; por ende, existe la obligación de restituciones mutuas, en ese orden, si no existió la relación jurídica tampoco existieron los rendimientos, entonces el Juez debió ordenar a la demandante restituir los intereses y los frutos financieros de los cuales se lucró.

Finalmente, sobre la condena en costas, expresó que resultan ser excesivas y al ser un proceso declarativo, no existe razón para que le fuese impuesta la suma de \$3.000.000 y a los demás Fondos sólo de \$500.000.

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** sostuvo que no es procedente la orden referente a la devolución de los gastos de administración, en consideración a que se encuentra autorizados conforme el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que opera para ambos regímenes. Argumentó que son dineros que se encuentran causados en contraprestación de una buena gestión, diligencia y cuidado. Finalmente, explicó que con la declaración de nulidad deben volver las cosas

a su estado anterior, por ende, no existieron los rendimientos y nunca se debió cobrar los gastos de administración, entonces, siguiendo los lineamientos del artículo 1746 se debe ordenar las restituciones mutuas.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 217, se reconoce personería adjetiva a la Dra. DANIELA VARELA BARRERA, identificada con T.P. No. 324.520 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 06 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, así mismo, la parte demandante **CARMEN ELENA BEDOYA LÓPEZ** presentaron escrito de alegatos, lo cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que los Fondos Privados cumplieron con el deber legal de brindarle información completa y veraz a la parte actora, al momento de su traslado al Fondo del RAIS, o si por el contrario hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las Administradoras. Además, se deberá aclarar la procedencia del grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES** en lo no apelado por esta.

Asimismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos. Finalmente, se analizará la condena en costas impuesta a la demandada **PORVENIR S.A.**

CONSIDERACIONES

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

La sentencia apelada y consultada debe **REVOCARSE PARCIALMENTE** y **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** La señora **CARMEN ELENA BEDOYA LÓPEZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre el 17 agosto de 1984 y el 31 diciembre de 1996 según da cuenta la historia laboral que reposa en la carpeta administrativa digitalizada. **2)** Que el 30 de enero de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG** –hoy **PROTECCIÓN S.A.**-, (f. 132 del expediente digital) y que en el mes de noviembre de 2003 se trasladó a la **AFP PORVENIR S.A.**, Administradora en la que actualmente se encuentra vinculada la demandante (f.177 del expediente digital), **3)** Que la actora solicitó a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, el traslado de régimen, sin embargo, fue resuelta de manera negativa. (fs. 29, 30 y 31 del expediente digital).

1. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES

En primer lugar, conviene recordar que el inciso 2º del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, previó la consulta de las sentencias de primera instancia, cuando fueren adversas a la Nación, Departamento o Municipio y de aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, con el fin de proteger el erario público. Así, cuando la sentencia de primera instancia resulte desfavorable a los intereses de una entidad pública como **COLPENSIONES** en que la Nación es garante, el Tribunal tiene el deber de estudiar íntegramente la decisión. (CSJ STL7382-2015, reiterada entre muchas otras, en la CSJ SL2807-2018, CSJ SL4536-2019 y CSJ SL247-2021) Por ende, se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera, para en su lugar, conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta en lo no apelado por el apoderado de **COLPENSIONES**.

2. LA NULIDAD DE TRASLADO

Ahora bien, vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia 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.

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 rad. 68.852 de 3 de abril de 2019.

Entonces, en definitiva 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 quien conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** no probaron. No puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que éstos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, se da la inversión de la carga de la prueba, donde la contraparte debe acreditar 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).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado (fs.132 y 177 del expediente digital), única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, con la cual, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado al momento del cambio de fondo pensional. Así esta Corporación echa de menos pruebas, cálculos comparativos entre regímenes o alguna evidencia donde se explique a la demandante de forma detallada, las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS y al RPM; en consecuencia, lo anterior permite concluir que ninguna de las AFP cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz sobre el traspaso de régimen

pensional de la señora **CARMEN ELENA BEDOYA LÓPEZ**, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado.

3. DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, RENDIMIENTOS Y COMISIONES

Respecto a lo señalado en el recurso por parte de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, ordenada por el *A quo*; concluye esta Colegiatura que tampoco le asiste razón a los 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, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM.

Este tópico de la devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en providencias como las 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. (...)”

Así mismo, en sentencia SL145-2021 reiteró lo estipulado en la SL2887-2020 cuando explicó:

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que

trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...].

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado. (Subrayado fuera de texto)

4. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Con relación a la condena en costas a que hace alusión el apoderado de **PORVENIR S.A.** cuando expone que no hay razón para que le sea impuesta como agencias en derecho la suma de \$3.000.000; advierte la Sala que este no es el momento procesal para controvertir dicha condena, pues, conforme al artículo 366 numeral 5, la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo se pueden controvertir con la interposición del recurso de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación en costas.

De igual forma, al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, se les impondrá costas en esta instancia., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cada una.

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

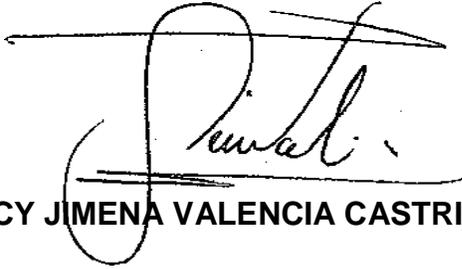
PRIMERO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia de primera 203 del 09 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, para en su lugar, **CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta en lo no apelado por el apoderado de **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia No. 203 del 09 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, 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
(SÁLVAMENTO 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)