

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-006-2019-00006-01
DEMANDANTE:	ROBERTO MARÍN VARGAS
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación Sentencia No. 213 del 17 de septiembre de 2020
JUZGADO:	Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

APROBADO POR ACTA No. 14

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 169

Hoy, once (11) 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 en contra de la sentencia de primera instancia No. 213 del 17 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **ROBERTO MARÍN VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-006-2019-00006-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA No. 145**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tiene los contenidos en la demanda visibles en el cuaderno de primera instancia (archivo 1 ED) de folios 40 a 53, en las contestaciones militantes de folios 80 a 104 por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, 124 a 131 por parte de **COLPENSIONES**, 162 a 177 por parte de **PORVENIR S.A.**, y en la intervención del Ministerio Público vista de folios 119 a 122, 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 Sexto Laboral del Circuito de Cali – Valle, mediante Sentencia No. 213 del 17 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante del RPM al RAIS; ordenó a **COLPENSIONES** aceptar el traslado sin solución de continuidad; ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes efectuados por el demandante en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**.

Como fundamento de su decisión, manifestó la Jueza de instancia que, del estudio de los elementos de prueba y el precedente jurisprudencial relativo al tópico estudiado, **PORVENIR S.A.** no brindó la información suficiente al actor respecto de los componentes y consecuencias del traslado de régimen pensional, lo cual debió hacer la AFP desde el momento previo a la afiliación.

Sostuvo que era obligación de la AFP describir en términos sencillos y concretos, todo lo relacionado con los beneficios y afectaciones que conlleva el traslado entre regímenes para que pudieran ser entendidos por el actor, teniendo en cuenta que es inexperto en asuntos de tan alta complejidad, como los financieros.

Agregó que el actuar de la AFP del RAIS da lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y que, en consecuencia, esta debía asumir los efectos negativos de aquel hecho, invocando, como sustento de su tesis, la

sentencia SL17595-2017 con Radicación 46292 del 18 de octubre de 2017, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA.

Finalmente, respecto la excepción de prescripción, manifestó que no se le da prosperidad acogiendo el criterio establecido en la sentencia SL-1689-2019 – Radicación 65791 del 08 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, teniendo en cuenta que se trata de una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, presentó recurso de apelación solicitando se condene al **COLPENSIONES** al pago de costas procesales, argumentando que esta presentó oposición a los hechos y pretensiones de la demanda, y propuso excepciones que fueron declaradas no probadas en el fallo, debiéndose entender que la entidad fue vencida dentro del proceso, por lo que conforme el artículo 365 del CGP, debe ser condena en costas al igual que fueron condenas las demandadas **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de **PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que la AFP cumplió con el deber de información al momento en que se afilió el actor, brindándole los elementos necesarios para que tomara la decisión libre y voluntaria de suscribir el formulario de afiliación, como en efecto sucedió y que, en ese sentido, atendiendo las normas que regían para la época, como la Ley 100 de 1993, no hay lugar a exigir a que la información se debía proporcionar en unos términos y lineamientos que no se encontraban vigentes.

Sostiene que **PORVENIR** cumplió con lo que le exigía la Superintendencia Bancaria respecto los requisitos que debían contener el formulario de afiliación que suscribió de forma voluntaria el demandante, por lo cual no hay lugar a declarar la ineficacia, pues se cumplió con las normatividad acorde a la época y, en su criterio, entender lo contrario es hacer un análisis anacrónico del caso que obliga a la AFP a cumplir un imposible, en el entendido que las normas que exigen una información más rigurosa surgieron con posterioridad a la afiliación del actor.

Afirma que si se entienden las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaratoria de ineficacia, que es retrotraer la actuación como si la afiliación del demandante nunca se hubiera realizado, no resulta procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, más aun cuando estos se descontaron a partir de una buena gestión, la autorización expresa del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que permitieron la generación de unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual del afiliado que garantiza la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo.

Finalmente, sostiene que debe darse aplicación a lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, pues no se puede predicar que el acto ineficaz no prescribe, ya que, por ejemplo, el derecho pensional del actor no se encuentra en cuestión debido a que la AFP, de cumplir estos los requisitos, procedería a reconocerle la prestación. Por el contrario, el acto de afiliación si es susceptible de prescripción.

El apoderado de **COLPENSIONES**, recurrió el fallo y sustentó el recurso indicando que el traslado del demandante desde el RAIS afecta la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, lo que va en contravía del artículo 48 de la CP modificado por el A.L. 01 de 2005, el cual señala que el Estado garantizará la estabilidad financiera del sistema. Agrega que el artículo 334 de la CP dispone que la sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas del poder público dentro de un marco de colaboración armónica, por lo cual, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se deben tomar las medidas para la protección de los recursos que soportan el SGSSP, en razón a que el principio de la sostenibilidad financiera soporta el derecho fundamental a la pensión de los colombianos y la decisión adoptada en el fallo atenta contra estos.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 223, se reconoce personería adjetiva a la Dra. CAROLINA ZAPATA BELTRÁN, identificada con T.P. No. 236.047 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 15 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron escrito de alegatos, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar; primero, si la **PORVENIR S.A.** cumplió con su deber de información al momento en que se efectuó la afiliación del señor **ROBERTO MARÍN VARGAS** y, en consecuencia, si procede o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante desde el RPM al RAIS; segundo, si se encuentra ajustada a derecho la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como aportes, rendimientos, frutos, intereses e incluso el porcentaje de gastos de administración; tercero, si la obligación de **COLPENSIONES** de recibir al demandante en el RPM atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema y; cuarto, si se debe condenar a **COLPENSIONES** al pago de costas y agencias en derecho de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor **ROBERTO MARÍN VARGAS** se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el otrora ISS, el 14 de junio de 1988 (f. 7, archivo 1 ED); **2.** Que del historial de vinculaciones expedido por el SIAFP (f. 105, archivo 1 ED), se extrae lo siguiente: **a)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS el 04 de julio de 1995, vinculándose a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, con efectividad de afiliación a partir del 01 de agosto de 1995; **b)** se trasladó de **PROTECCIÓN** a **PORVENIR** el 29 de septiembre de 1997 y; **c)** de **PORVENIR** a **PROTECCIÓN** el 20 de mayo de 2003. **3.** Que el actor efectuó nuevo traslado de **PROTECCIÓN** a **PORVENIR**, el 20 de noviembre de 2009, con efectividad a partir del 01 de enero de 2010 (fs. 179 y 181, archivo 1 ED); **4.** Que presentó reclamación

ante **COLPENSIONES**, el 22 de noviembre de 2018, solicitando se decretara la nulidad de su traslado de régimen pensional el traslado de régimen y, en consecuencia, se permitiera su retorno al RPM (fs. 11-12, archivo 1 ED); **5.** Que **COLPENSIONES** resolvió negativamente la solicitud, el 23 de noviembre de 2018 (f. 113, archivo 1 ED).

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 los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la 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, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, 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 lo que jurisprudencialmente se ha denominado 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, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A.**, ni la recurrente **PORVENIR S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al promotor de la acción.

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 desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado, **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, 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 poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la 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.

Ahora, si bien es cierto, como lo sostiene **PORVENIR S.A.** en su alzada, el formato de afiliación suscrito por el actor no fue elaborado libremente por la AFP, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Súmese a lo dicho que, si bien el actor 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, 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, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó del actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos, los gastos de administración e incluso las comisiones**, cuestión por la que habrá de modificarse la decisión de primera instancia, a fin de precisarlo en esos términos.

Sobre la improcedencia de la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, es menester indicar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del 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. Este tópico 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. (...)”

Este deber de devolver los valores recibidos por las AFP, recae incluso sobre los fondos en los cuales estuvo afiliado el demandante sin importar si no se encuentra vigente al momento de declarar la ineficacia del traslado, pues los efectos de la inexistencia revisten todas y cada una de las vinculaciones efectuadas por el actor a otros fondos, cuando éstos no demostraron durante el proceso que hubieren cumplido la obligación de información en los términos arriba expuestos. Por lo tanto, ante la omisión del A quo en condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y sumas de las aseguradoras en

proporción al tiempo de afiliación del señor **ROBERTO MARÍN VARGAS**, se deberá adicionar la sentencia de primera instancia en este sentido.

Ahora bien, en relación con los argumentos de la apelación de **COLPENSIONES**, se tiene que la orden de recibir nuevamente al 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 y las comisiones, es decir, el capital no se ve desmejorado. Por lo anterior, procede confirmar la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción alegada en sede de apelación tampoco tiene asidero en el particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Finalmente, en relación con el recurso presentado por la parte demandante, relativo a que **COLPENSIONES** debió ser condenado al pago de las costas en primer grado conforme el art. 365 del C.G.P., considera la Sala que le asiste razón, pues al revisar el actuar de esa entidad durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que la misma mantuvo su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito. Además, al igual que los Fondos Privados, resultó vencida en juicio. En consecuencia, se revocará la decisión absolutoria de primer grado en este tópico.

Con todo, habrá de revocarse parcialmente la sentencia estudiada, de acuerdo con lo descrito anteriormente, confirmándose en los demás aspectos. De igual forma, al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, se les impondrá costas en esta instancia., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por 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 parcialmente el numeral **SÉPTIMO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 12 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en lo relativo a la absolución de **COLPENSIONES** del pago de costas procesales, para en su lugar, **CONDENAR** a dicha entidad al pago de este concepto causado en primera instancia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia ya identificada, en el entendido que dentro de los recursos a devolver por parte de **PORVENIR S.A.**, debe incluir lo recibido por comisiones.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración, sumas de las aseguradoras y demás valores que haya recibido en proporción al tiempo de afiliación del señor **ROBERTO MARÍN VARGAS** al RAIS en dicho fondo.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia estudiada.

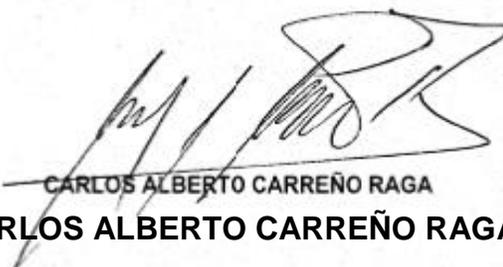
QUINTO: COSTAS esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fijese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

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)