



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISIÓN LABORAL

Hoy 30 de junio 2020 siendo las 11.00 am, la Sala Primera de Decisión Laboral, se constituye en audiencia pública de juzgamiento No. 85, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** en compañía de los magistrados **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y el **Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **HERNANDO MORALES PLAZA** en contra de las **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación N° 76001-31-05-012-2018-00508-00 en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la entidad demandada **AFP PORVENIR**, contra la sentencia N° 383 del 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual se **DECLARÓ** la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuado por el señor **HERNANDO MORALES PLAZA** y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del ultimo régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por **COLPENSIONES**, **CONDENÓ** a **PORVENIR S.A.** a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el señor **Hernando Morales Plaza**, junto con sus respectivos rendimientos; **SIN COSTAS** a **COLPENSIONES** y **COLFONDOS** y **CONDENÓ** en costas a **PORVENIR S.A.** con un (1) **SMMLV**.

RAZONES DE LA CONDENA: Se determinó que no fue posible acreditar en el sumario la información que suministró **PORVENIR S.A.** como fondo al cual estuvo afiliado el demandante, de las condiciones y requisitos que debía cumplir para llegar a consolidar las prestaciones económicas que el régimen ofertaba; explicándole las consecuencias y beneficios al efectuarse el traslado. Tampoco se acredita cual fue la información entregada al momento de la afiliación ni la asesoría, por lo que no bastaba con la simple suscripción del formulario o que se haya prestado la debida asesoría, siendo obligación de la demandada, entregar la debida información clara y coherente de los riesgos que corría el demandante al trasladarse al RAIS, carga probatoria que no cumplió la entidad demandada **PORVENIR S.A.**, de conformidad con el literal f del artículo 72 del Decreto 663 de 1993, norma que obligaba al fondo de pensiones a suministrar al momento del traslado la información suficiente y razonable las consecuencias del traslado, conociendo los derechos y obligaciones de la afiliación incluye en la condena la devolución de los gastos de administración.

Las excepciones propuestas relativas a la nulidad del traslado quedan sin piso al no haberse acreditado en este sumario que el señor **Hernando Morales Plaza**, haya sido asesorado en debida forma cuando decidió afiliarse al régimen de ahorro individual.

En lo que se refiere a la excepción de prescripción, tratándose del derecho a la seguridad social de un objeto contractual del formulario de afiliación, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han establecido que por ser un derecho fundamental no puede ser objeto de prescripción.

En cuanto a la condena en costas, absuelve a **Colfondos** por no ser llamada a juicio de manera directa por la parte actora, sino como **Litis consorte** para evitar cualquier nulidad del proceso y a **Colpensiones** por dos razones, i) solamente mediando orden judicial podía aceptar que el demandante retornada al RMP, pues él ya estaba inmerso en la prohibición prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, ii) el C.G.P. en su artículo 361 y 365, establece que para que se generen costas deben haber sido probadas en el sumario y en el expediente no existe ninguna costa a cargo de **Colpensiones**.

MOTIVO DE LA APELACIÓN AFP PORVENIR: Fundamenta su recurso de apelación sobre los puntos 1, 2, 3 y 5 de la sentencia en que, i) siempre hubo un acto valido por una expresión, libre, espontánea y sin presiones por parte de la entidad y demandante al momento de firmar el formulario de inscripción; ii) sobre la nulidad de los actos jurídicos no está probado por la parte demandada la existencia de un vicio de nulidad, por lo cual está probado que si hubo consentimiento por parte del demandante; iii) Respecto del acto de afiliación, se encuentra viciado de nulidad relativa por vicio del consentimiento, y que cualquier declaratoria de nulidad de dicho acto, estaría actualmente prescrita

conforme lo establece el artículo 488 del C.S.T. y el 155 del C.P.T. y 1750 del C.C.; iv) no era obligatoria la entrega de proyecciones actuariales para antes del año 2014, momento de la asesoría de traslado del accionante, siendo del caso anotar que el asesor de PORVENIR S.A., si suministró toda la información y asesoría completa y personalizada sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad; v) no es posible decretar la nulidad por el simple hecho de que es una prestación pensional, reiterando que por ser regímenes coexistentes son diferentes al momento de liquidar, y, vi) es improcedente ordenar el reintegro de los gastos de administración, ya que hace parte de los conceptos que incluyen los aportes dentro del régimen de ahorro individual, menoscabando los derechos pensionales del accionante en caso de ser reintegrados al régimen de prima media.

Situación procesal que para su dilucidación exige poner de presente que la base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por la A quo, razón por la cual procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponda.

En este estado de la diligencia se advierte la presencia de...

SENTENCIA No. 091

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**.

Por ser menester desarrollar el grado jurisdiccional de consulta, conforme la decisión de la sala mayoritaria en esta nos ocuparemos, para luego proceder a estudiar los puntos de las apelaciones, de ser el caso.

CONSULTA: Son razones:

Es necesario para lo sustantivo del asunto, determinar que en el mundo de las obligaciones jurídicas particularmente, en el campo de los aseguramientos, bien civil, comercial o pensional, la doctrina¹ y la jurisprudencia² han reconocido la estricta necesidad que tiene la parte pasiva aseguradora de acreditar lo que es consustancial a todo acto de ese tipo, la debida información a la parte débil en estas transacciones, lo cual obedece a la presencia del principio de la buena fe, del que deriva la necesidad de una cabal información, se repite, asunto exigido en el marco del derecho civil, comercial y pensional, sin que en éste exista alguna razón para su desatención, ya que es la base o el estribo que rige la figura del traslado entre los sistemas pensionales, lo que también se presenta en la movilidad pensional, pues para eso la ley 100/93 estatuye el derecho a migrar o cambiar de régimen pensional.

Pero hay más, también en el derecho común y comercial, se da por establecido la figura de la inversión de la carga de la prueba, la que nos permite averiguar a quien le compete acreditar esa debida información, suceso igualmente

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) "Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Acta No. 056, Rad. No. 31314 del 09 de septiembre de 2008, que recuerda la de radicado 31989 de la misma fecha: "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

reconocido por la jurisprudencia y la doctrina³, de modo que si eso acontece en el mundo del derecho privado con mayor razón se recibe tal postulado en el derecho social, dada la trascendencia que el tema pensional tiene dentro de la seguridad social en pensiones, para que ese acto sea pleno, eficaz y surta efectos jurídicos.

También hay que tener en cuenta que en el presente asunto, no se advierte de manera objetiva el haberse brindado al accionante la debida información, lo que en todos los casos de esta situación debe advertirse, no siendo prueba de ello el mero hecho de la firma del formulario. La Sala de Casación Laboral, con sentencia **SL413-2018** precisó el criterio jurisprudencial contenido en la providencia CSJ SL, 13 marzo. 2013, rad. 42787, en el sentido de que la afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación. Lo se está probado es que el **02 de enero de 1983** (fl. 4-83) ingresó al régimen de prima media, para luego cambiarse al RAIS en el fondo **PORVENIR S.A.** el **30 de junio de 1995** (fl. 112), posteriormente se trasladó a Colpatria S.A. el **26 de marzo de 1998** (fl. 107), para después pasar a Porvenir S.A. nuevamente el **27 de octubre de 1998** (fl. 108), y Colfondos el día **21 de febrero de 2000** (fl. 173), para finalmente regresar al fondo privado **PORVENIR S.A.** el **15 de agosto de 2001** (fl. 109)

De otro lado resulta necesario indicar conforme a la sentencia **C-177/1998**, que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las 2 administradoras, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora.

Cabe anotar también, de modo especial respecto de los gastos de administración que, como lo reconoce la jurisprudencia especializada, esa conducta indebida de la administradora hace a su cargo el asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, para el caso, los gastos examinados⁴.

Examinada la consulta con la nulidad del traslado, pasa la sala a examinar los motivos de las apelaciones.

Respecto a las **APELACIONES**: Procede la Sala a resolver las propuestas así:

Por la parte **DEMANDADA PORVENIR S.A.**: Respecto a la prescripción, la sala considera:

No se comparte su dicho, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad art 48 constitución política⁵ y como lo ha expuesto la corte suprema de justicia en sentencia **SL-1689/2019**⁶.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

³ *Idem*, "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentada en la solicitud de vinculación a la administración de pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene el carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

⁴ *Idem*.

⁵ Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

⁶ "En conclusión, la Sala Laboral enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social".

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia No. 383 del 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., las que se fijaran en el momento procesal oportuno.

Se notifica en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA.
(salvo voto consulta)



GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO.