TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**JAMES HERNÁN SANTAMARÍA ALCALDE**
DEMANDANDO	**COLPENSIONES** **PORVENIR S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001 31 05 003 2021 00049 01**
INSTANCIA	**SEGUNDA** – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 301 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DEL 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	**NULIDAD DE TRASLADO:** PORVENIR S.A. omitió deber de información.
DECISIÓN	**CONFIRMAR**

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN Y CONSULTA la Sentencia No. 116 del 18 de mayo 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **JAMES HERNÁN SANTAMARÍA ALCALDE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRO,** bajo la radicación **76001 31 05 003 2021 00049 01.**

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **James Hernán Santamaría Alcalde,** convocó a la **Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A.,** pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, se ordene su retorno a Colpensiones, el traslado de todos los aportes de su cuenta de ahorro individual por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones y se condene a las entidades demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones indicó que se trasladó a Porvenir S.A., sin embargo, la administradora omitió el deber de brindarle la debida asesoría respecto a las ventajas, desventajas y características de cada uno de los regímenes pensionales. Además, incumplió las obligaciones contenidas en la ley 100 de 1993 y los decretos reglamentarios como informarle acerca del derecho de retracto, proyección de la pensión de vejez y el reglamento de funcionamiento.

La **Administradora Colombiana De Pensiones– Colpensiones** dio contestación a la demanda oponiéndose a que se declare el traslado, toda vez que el señor James Hernán Santamaría Alcalde se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, además, señaló que de las pruebas aportadas al proceso no se logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, razón por la que debe atenerse a lo dispuesto por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Como excepciones propuso la de inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. contestó la demanda y se opuso a las pretensiones manifestando que el demandante no allegó prueba siquiera sumaria de las razones

de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, razón por la que se encuentra válidamente afiliado al RAIS, siendo debidamente asesorado por la entidad al momento del traslado. Además, tampoco procede la devolución de los gastos de administración, toda vez que los mismos cumplieron una destinación específica.

Como excepciones formuló las excepciones denominadas: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral Del Circuito De Cali decidió el litigio mediante la Sentencia No. 116 del 18 de mayo del 2021 en la que:

Declaró la ineficacia del traslado del demandante con Porvenir S.A. y ordenó a Colpensiones aceptar el regreso del señor James Hernán Santamaría al régimen de prima media con prestación definida junto con sus rendimientos financieros.

Asimismo, ordenó a Porvenir S.A. realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones tales como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración, y rendimientos financieros.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. en cuantía de $1.000.000 y absolvió de las mismas a Colpensiones.

APELACIÓN:

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

- **Porvenir S.A.:**

"Me permito interponer recurso de apelación contra la providencia que acaba de proferir el despacho atendiendo a que mi representada Porvenir si cumplió conforme con el marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor, de manera que a través de sus asesores se le brindó información que fue clara, completa, veraz y comprensible que está conforme con la normatividad que regulaba el deber de información para la época de la afiliación del demandante, por lo que no puede exigírsele a mi representada el cumplimiento de un deber de información que solo surge con posterioridad a la afiliación de la afiliación del mismo.

Por ejemplo, no puede exigírsele una constancia escrita, diferente al formulario de afiliación, toda vez que para el momento de la afiliación la única constancia que debía quedar de la asesoría brindada era ese formulario, donde fue claro que la demandante suscribió el mismo, de manera que expresó su voluntad libremente de afiliarse al RAIS.

De tal forma, suponer en contrario sería dejar a mi representada en una posición evidente de indefensión probatoria, como quiera que no resultaba obligatorio tener una constancia diferente a este formulario de afiliación.

De igual manera, mi representada no estaba obligada a dejar o entregar ningún tipo de proyecciones pensionales al momento de la afiliación, pues las mismas simplemente obedecería a datos presuntos, toda vez que para la fecha de la afiliación a mi representada le era imposible conocer con certeza cuál sería el monto de la mesada pensional a la que tendría derecho la demandante y como quiera que esa mesada depende de múltiples variables como lo son la edad de la afiliado, la composición del núcleo familiar, su capacidad de realizar aportes voluntarios y la composición del mercado, entre otras características que no son posibles determinar al momento de la afiliación, por lo que no resulta exigible para mi representada el cumplimiento de esta obligación.

De igual manera, mi representada no está obligada al deber de buen consejo, puesto que el mismo solo surge con mucha posterioridad después de múltiples desarrollos normativos y jurisprudenciales que han tenido por efecto la realización de ese deber.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que mi representada no estaba obligada a desincentivar al posible afiliado de llegar a tomar la decisión de vincularse aun cuando esta le resultara inconveniente, que en todo caso no es así, pues como

ya lo mencioné, el posible afiliado tiene 53 años, por lo que le sería más conveniente incluso mantenerse afiliado al RAIS, puesto que de no tener la capacidad de realizar aportes obligatorios, le sería más conveniente económicamente acceder a la posibilidad de la devolución de saldos en vez de la indemnización sustitutiva que se ofrece en el RPM.

Es así que en el presente proceso debe establecerse que el deber de información es de doble vía, por lo que no puede exigírsele a mi representada un deber de información que no solamente no estaba vigente a la fecha de la afiliación, sino además que el demandante nunca logró acreditar que hubiese acudido al acto de afiliación de manera suficientemente informada, toda vez que no puede desconocer que este también tiene un deber de información, simplemente alegando que en cabeza de la AFP también existe un deber de información.

Además, debe tenerse en cuenta que dado que la afiliación se dio conforme con la normatividad legal que se encontraba vigente al momento en que sucedió, esta tuvo plenos efectos jurídicos que no pueden desconocerse.

Ahora bien, debo oponerme a la condena impuesta a mi representada con relación a la devolución de los rendimientos, toda vez que si se parte de la consecuencia de la ineficacia es precisamente retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de efectuarse la afiliación, pues precisamente debe entenderse que el demandante nunca tuvo unos aportes, estos aportes nunca fueron consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante administrada por mi representada y producto de esa administración nunca se le generaron rendimientos, ya que para ser jurídicamente técnicos, estos rendimientos nunca hubieran existido.

De igual manera, debo oponerme a la condena impuesta a mi representada con relación a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, en primer lugar, el acto de afiliación fue completamente válido, dado que se dio en cumplimiento de la normatividad que se encontraba vigente; en segundo lugar, no es acorde con lo dispuesto en los artículos 1752 y 1753 del CC, como quiera que no se corresponde con lo allí dispuesto con relación a las restituciones mutuas, esto no puede obligársele a mi representada a devolver un bien y al mismo tiempo obligársele a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que estos gastos de administración tienen una destinación legal y especifica que se encuentra consagrado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y que obedecen a la correcta administración, la generación de una rentabilidad y seguridad en los recursos del actor, por lo que estas sumas ya

fueron empleadas para el fin que se encontraban previstas y no procede ordenar su devolución.

En igual sentido, debe tenerse en cuenta que esos gastos de administración nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna a cargo de mi representada y a favor del demandante, puesto que nunca hicieron parte del patrimonio del demandante y, por tanto, tampoco por esa vía procede a ordenar su devolución.

Finalmente, debo establecer que dado que mi representada obró conforme con la normatividad legal que le era exigible al momento de la afiliación del demandante y dado que en el presente proceso no se logró acreditar que esta hubiera actuado de mala fe, no puede obligársele a devolver suma alguna por concepto de rendimientos, aportes o gastos de administración, teniendo en cuenta que mi representada siempre obró de buena fe y conforme a la normatividad vigente.

En esos términos, les solicito a los magistrados del TSC se sirvan absolver a mi representada de las condenas que le fueron impuestas con la sentencia y declaren probadas las excepciones de mérito, así como de revocar la mencionada providencia."

-**Colpensiones:**

"Interpongo recurso de apelación de manera conjunta para los procesos 2021-049, 2021-052 de la siguiente manera:

Es importante resaltar que la afiliación al fondo privado por parte de los demandantes se realizó en el ejercicio legítimo que tenían estos a la libre escogencia del fondo de pensiones de conformidad con el artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993, razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error por vicios del consentimiento, por lo tanto, no existen razones fácticas ni jurídicas para que nuestra entidad considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente afiliado a otro fondo de pensiones.

Por ende, le solicito al H. TSC se revoquen las sentencias proferidas el día de hoy."

Además, el proceso se conoce en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, toda vez que la sentencia resultó adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

Porvenir S.A. indicó que no se incurrió en ningún tipo de falta al deber de información que le asistía para la época en que se efectuó la afiliación del actor y por tanto, no debe declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional que aquel realizó mediante la suscripción del formulario de afiliación que dotó de plenos efectos jurídicos su decisión libre y voluntaria de vincularse a Porvenir S.A., debidamente informado sobre las características y condiciones del régimen, por lo que indicó no tendría por qué verse obligada a devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración si en ningún momento obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente.

Finalmente solicitó revocar en su integridad el fallo de primera instancia y absolverlo de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 301

En el presente proceso no se encuentra en discusión: **i)** que el señor **James Hernán Santamaría Alcalde,** el 29 de octubre de 1996 solicitó el traslado del ISS hoy Colpensiones a Porvenir S.A., siendo efectiva el 01 de diciembre de 1996 (fls. 26-27 PDF 06ContestaciónPorvenir) **ii)** que el 2 de diciembre de 2020 solicitó el traslado ante Colpensiones, siendo negado por encontrarse a menos de 10 años de causar su derecho pensional (fls. 9-11 PDF 01Demanda) **iii)** que el 07 de diciembre de 2020 elevó petición de traslado ante Porvenir S.A. (fl. 8 PDF 01Demanda)

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a los recursos de apelación presentados por las demandadas y el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor **James Hernán Santamaría Alcalde** habida cuenta que en los recursos de apelación de las demandadas, se plantean que la afiliación goza de validez, pues el actor fue debidamente informado y no existieron vicios en el consentimiento.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

1. Si el demandante tenía la carga de la prueba en cuanto a la omisión del deber de información en que incurrió la AFP demandada.

2. Si el demandante tenía el deber de ejercer su propia información como consumidor al momento de tal acto jurídico.

3. Si Porvenir S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos financieros causados en los períodos en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala empieza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Al respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses[1] y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[2].

En el caso, el señor **James Hernán Santamaría Alcalde,** sostiene que, al momento del traslado de régimen, no le explicaron las condiciones del traslado ni

[1] Artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.
[2] Sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.

las consecuencias de tal acto, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa.

En efecto, en el caso las pruebas documentales no dan cuenta que la AFP demandada hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar[3], situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte del demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, este es un formato preimpreso para depositar información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por la AFP sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

Por lo que en el caso se observa que la vinculación al RAIS del demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

Por lo tanto, la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada y no al señor James Hernán Santamaría Alcalde, como de manera errada lo afirmó Porvenir S.A., porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a

[3] Sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019

un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Es de recordar en este punto, que, de acuerdo a lo expresado en múltiples providencias emitidas por la CSJ y ya citadas en esta providencia, el deber de información recae sobre la AFP demandada y no sobre el afiliado, como lo señaló la apoderada judicial de Porvenir S.A. en su recurso de apelación, pues son las entidades de seguridad social quienes cuentan con la información suficiente sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y es sobre estas que recae el deber de información al momento del traslado de régimen, por lo que no es dable aseverar que el demandante como consumidor debió haber buscado información sobre las consecuencias de su traslado.

En consecuencia, ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, **Porvenir S.A.,** deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, como también deberá retornar los gastos de administración, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C[4]., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

[4] CSJ sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989.

Finalmente, debe recalcarse que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad de la condena.

Se condenará en costas a **Porvenir S.A. y Colpensiones** por cuanto sus recursos de apelación no fueron resueltos de manera favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada, precisando que **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación del señor **JAMES HERNÁN SANTAMARÍA ALCALDE,** tales como cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.** Liquídense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO **GERMAN VARELA COLLAZOS**

Firmado Por:

Antonio Jose Valencia Manzano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 7 Laboral

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JAMES HERNÁN SANTAMARÍA ALCALDE
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 003 2021 00049 01

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d91fa9608001ce397c271c85c86a8fdd1f1d7a6719aad13f48f85981a6b9cd29

Documento generado en 29/09/2021 09:31:47 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: JAMES HERNÁN SANTAMARÍA ALCALDE
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 003 2021 00049 01