

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: | 76001-31-05-003-2019-00637-01 |
| DEMANDANTE: | LUIS ARMANDO PANCHE LUGO |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES y PORVENIR S.A. |
| ASUNTO: | Consulta y Apelación Sentencia No. 176 del 12 de agosto de 2020 |
| JUZGADO: | Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali |
| TEMA: | Ineficacia de Traslado de Régimen – Imposición de costas a COLPENSIONES. |
| SENTIDO DE LA DECISIÓN | REVOCA PARCIALMENTE |

APROBADO POR ACTA No. 03

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 27

Hoy, veintitrés (23) de febrero 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 del demandante, **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. 176 del 12 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ARMANDO PANCHE LUGO** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-003-2019-00637-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 23**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda y su subsanación visibles a folios 16 a 34 y 39 a 57, así como en las contestaciones militantes a folios 79 a 101, por parte de **PORVENIR**

S.A., y en los folios 242 a 247 proveniente de **COLPENSIONES**, 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. 176 del 12 de agosto de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a **PORVENIR S.A.** **2)** En consecuencia, le ordenó trasladar con destino a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y demás sumas existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante. **3)** Finalmente, condenó a **PORVENIR** al pago de las costas procesales.

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la AFP, haber brindado una información clara, suficiente y calificada, con el fin de ilustrar al demandante adecuadamente sobre todas las consecuencias acarreadas con la decisión del traslado. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario, y en consecuencia, es procedente declarar la ineficacia solicitada.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora expuso su inconformidad con la sentencia, puntualmente con el hecho de no haberse condenado en costas a **COLPENSIONES**, como quiera que, en su criterio, de conformidad con el artículo 365 CGP, además de que dicha entidad resultó vencida en el proceso, durante el transcurso de este se opuso a las pretensiones del gestor.

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** señaló que el traslado del accionante se dio en el pleno de su derecho de cambiar de régimen pensional, ya que de haber negado tal posibilidad, hubiese incurrido en una vulneración a la libre elección de régimen de pensiones. En ese sentido, expuso que la afiliación del actor goza de validez, y con la ineficacia declarada se genera traumatismos, como quiera que la carga prestacional que estaba a cargo de un Fondo

Privado, puede llegar a generar inestabilidad financiera a la entidad pública. Por último, expresó que de acuerdo con la Ley 797 de 2003, el demandante no está en edad de trasladarse.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que, al hablarse de vicios del consentimiento, estos generan una nulidad relativa que conforme el Código Civil, puede ser saneada. De igual modo, indicó que no es procedente que la exigencia de demostrar que realizó proyección de la mesada pensional, pues de haberla realizado para el año 1999 se hubiese basado en datos no ajustados a la realidad. De otro lado, insistió en que el demandante fue asesorado por uno de sus funcionarios, quien le explicó las características del sistema pensional Colombiano y propiamente del RAIS, evidenciándose que el afiliado tomó una decisión libre, consciente y espontánea, ratificada con una permanencia en dicho Fondo de más de 20 años.

Aunado a lo expuesto, afirmó que el demandante no cumplió tampoco su deber procesal de probar las falencias en la información brindada. Finalmente, hizo alusión a que la ineficacia declarada, permite colegir que no perteneció al RAIS, por lo que no hay lugar a devolver los rendimientos, como tampoco los gastos de administración que la entidad invirtió y en la actualidad no están en su poder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 09 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad **PORVENIR S.A.** adujo que cumplió con el deber de información al momento del traslado del demandante, que la decisión de cambio de régimen fue libre, espontánea y voluntaria, lo cual se demuestra con el formulario de afiliación suscrito por las partes. Agregó que no existe norma que establezca la ineficacia de un traslado de régimen por ausencia de información al afiliado. Respecto a la devolución de aportes, rendimientos y gastos de administración, consideró que no proceden, ya que la consecuencia de la nulidad las cosas regresan al estado en el que se encontrarían y tales sumas nunca se habrían producido. Finalmente, alegó la prescripción de la acción de nulidad.

Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** indicó que la afiliación del demandante al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo de la libre escogencia de fondo y durante el proceso no se logró evidenciar existencia de errores por vicios en el consentimiento, por lo que no existen razones fácticas ni jurídicas que configuren la nulidad del traslado. Manifestó en cuanto a la condena en costas, que el Tribunal Superior de Cali, debe absolver a la Administradora puesto que actuó en concordancia con las normas vigentes.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

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 del demandante al RAIS, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como aportes, rendimientos, incluso el porcentaje de gastos de administración.

De igual forma, habrá de estudiarse la procedencia de la condena en costas de primera instancia a cargo de **COLPENSIONES**.

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)** El señor **LUIS ARMANDO PANCHE LUGO** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1980 y 1999 (fs. 319-314). **2)** Que el 09 de abril de 1999 el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliado a la fecha (f. 169). **3)** Que el

demandante solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia del traslado de régimen a **PORVENIR S.A**, petición despachada de manera negativa por esa entidad (f. 8).

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, es 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.** (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.** 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 persona 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 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 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.

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 del afiliado, incluidos los rendimientos y los gastos de administración.

Respecto a lo señalado en el recurso de **PORVENIR S.A.**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos y gastos de administración, ordenada por el *A quo*, concluye esta Colegiatura que tampoco le asiste razón a la apelante en este punto, ya 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, acarreado 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 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, es decir, el capital no se ve desmejorado. Por lo anterior, procede confirmar la decisión cuestionada en este sentido.

En cuanto al recurso interpuesto por el mandatario de 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 a cada uno.

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:

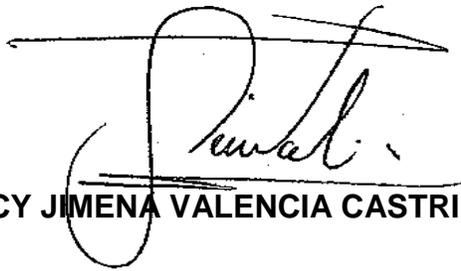
PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 176 del 12 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en lo atinente a la absolución de **COLPENSIONES** respecto de las costas, para en su lugar, **CONDENAR** a dicha entidad al pago de este concepto causado en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia estudiada.

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