

**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**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-007-2019-00823-01
<b>DEMANDANTE:</b>	LUIS ÁLGEL HORMIGA PAZ
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No. 133 del 27 de julio de 2020.
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Ineficacia de Traslado de Régimen – Imposición de costas a COLPENSIONES.
<b>DECISIÓN</b>	REVOCA PARCIALMENTE

**APROBADO POR ACTA No. 03**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 24**

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 de **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. 133 del 27 de julio de 2020., proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS ÁLGEL HORMIGA PAZ** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-007-2019-00823-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 21**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 14, y en las contestaciones militantes a folios 67 a 75, por parte de **COLPENSIONES**, y en el archivo 03 del expediente digital proveniente de **PORVENIR S.A.**, 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. 133 del 27 de julio de 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia de la afiliación del señor **LUIS ÁLGEL HORMIGA PAZ** a la **AFP PORVENIR S.A.** **2)** En consecuencia, dispuso tener para todos los efectos legales, que el demandante nunca se trasladó de régimen pensional, entendiéndose que permaneció al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. **3)** En virtud de lo anterior, ordenó a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante (frutos, intereses, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras, rendimientos y gastos de administración). **4)** En ese sentido, también ordenó a **COLPENSIONES** la admisión del demandante, conservando todos los beneficios que pudo llegar a tener de no haberse realizado el traslado declarado ineficaz. **5)** Le impuso el pago de costas únicamente a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la AFP, haber cumplido con el deber de información debida y transparente a la hora del traslado, conforme los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, estando ante una afiliación desinformada, la cual genera como consecuencia la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procede declarar la ineficacia del traslado.

### RECURSO 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, dicha entidad además de resultar vencida en el proceso, durante el transcurso de este se opuso a las pretensiones del gestor.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que el traslado del actor se dio de forma libre y voluntaria, a la luz de lo contemplado por el 13 de la Ley 100 de 1993, contando también con suficiente tiempo para informarse o documentarse sobre las condiciones de traslado. En ese sentido, expuso que no logró demostrarse ningún vicio en el que hubiera incurrido la AFP demandada.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para el año 2005, insistiendo en que el demandante recibió todo lo necesario para conocer las consecuencias de su traslado de régimen. Para ello, dijo, bastaba con la firma del formulario de afiliación, según el artículo 11 del decreto 692 de 1994, no siendo procedente imponer a la AFP la obligación de demostrar el cumplimiento de formalidades que no estaban vigentes al momento del traslado del actor, añadiendo que el demandante también estaba en el deber de informarse sobre sus condiciones pensionales.

Además, alegó que no era posible devolver todos los recursos descritos en la Sentencia, ya que, al haberse declarado la ineficacia del traslado, debía entenderse que la entidad nunca administró los aportes del afiliado, y en ese sentido, no se generaron los rendimientos, aunado a que los gastos de administración y comisiones fueron invertidos a fin de incrementar el capital del demandante.

Recibido el expediente y surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante Auto del 01 de febrero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada **PORVENIR S.A.** adujo que el traslado de régimen se realizó de forma libre, voluntaria y consciente por parte del demandante, tal como se demuestra con el formulario de afiliación. Insistió en que la AFP cumplió con el deber de información, y para dicho momento, no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría brindada al afiliado. Expresó

que las proyecciones de mesada pensional no constituyen hechos ciertos, pues las mismas pueden variar en el tiempo.

Alegó que la condena de devolver los gastos de administración no es procedente, ya que de declararse nulo el acto jurídico, debería entenderse que el actor debe asumir el valor que fue pagado por dicho concepto y en contraprestación recibe como mejoras los rendimientos financieros producidos en virtud de la gestión. Agregó que tampoco es procedente restituir las sumas que pagó por concepto de primas adicionales, pues la destinación de estos dineros cumplieron su objetivo, es decir, que ya se agotaron y extinguieron. Por todo, solicita al TSC revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la Administradora.

Las demás partes dentro del proceso no presentaron 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 del traslado 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 actor, como aportes, rendimientos, frutos, intereses e 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 ÁLGEL HORMIGA PAZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1979 y 2001 (fs. 36 a 40). **2)** Que el 26 de octubre de 2005 el

actor suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliado a la fecha (Archivo 03 ED). **3)** Que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** y a **PORVENIR S.A.** la nulidad o ineficacia de traslado de régimen, para de esa forma retornar al RPMPD, petición despachada de manera negativa por ambos entes (fs. 23 a 35).

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

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.** (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 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 de la afiliada, 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, comisiones 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, acarreando 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 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.

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**

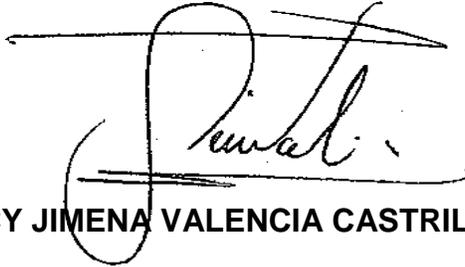
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral **SEXTO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 133 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a **COLPENSIONES**.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 133 del 27 de julio de 2020.

**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)**



**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública*  
*(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*