

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:	76001-31-05-003-2019-00558-01
DEMANDANTE:	ELEAZAR GUTIÉRREZ MENDOZA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 181 del 14 de agosto de 2020
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
SENTIDO DE LA DECISIÓN	CONFIRMA

APROBADO POR ACTA No. 04

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 32

Hoy, tres (03) de marzo 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 última, de consulta en favor de esta respecto de la sentencia de primera instancia No. 181 del 14 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del

proceso ordinario promovido por **ELEAZAR GUTIÉRREZ MENDOZA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-003-2019-00558-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA No. 28**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda y su subsanación visibles a folios 1 a 39, así como en las contestaciones militantes a folios 295 a 303, por parte de **COLPENSIONES**, así como la aportada en el expediente digitalizado por **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. 181 del 14 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 dineros existentes en su cuenta de ahorro individual. 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, procede declarar la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que el traslado del actor se dio en ejercicio de la legítima potestad de traslado reglada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que haya razones fácticas y jurídicas para

considerar como afiliada a una persona debidamente vinculada a otro Fondo de Pensiones.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que, la entidad cumplió con el deber de información, de acuerdo con la normativa vigente de la época (Decreto 3466 de 1982, Decreto 663 de 1993, Decreto 616 de 1994), por lo que no puede exigírsele aspectos sobre el deber de información, planteados en normas posteriores. Así mismo, expresó que el formulario de afiliación fue suscrito con el lleno de requisitos legales, agregando que la ineficacia declarada, permite colegir que no perteneció al RAIS, por lo que no hay lugar a devolver los rendimientos, como tampoco los gatos de administración que la entidad invirtió y en la actualidad no están en su poder. Por último, expuso que la Juez omitió dar aplicación a la prescripción regulada en los artículos 488 CST y 151 CPLSS, procedente en el asunto estudiado.

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 demandada **PORVENIR S.A.** adujo que cumplió con el deber de información, pues brindó la asesoría al demandante de forma clara, veraz y oportuna sobre las consecuencias de afiliarse al RAIS, tal como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito entre las partes. Agregó que conforme a las obligaciones que recaen en cabeza del demandante, los afiliados y la AFP se encuentran en la misma posición negocial, así el actor tenía la obligación de informarse de forma diligente sobre el Sistema General de Pensiones. Finalmente, advirtió sobre la improcedencia del traslado de gastos de administración, pues los mismos se extinguieron en el cumplimiento de su objetivo.

Por su parte, **COLPENSIONES** solicitó al TSC revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto de afiliación ya produjo efectos jurídicos, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones. Insistió en que el afiliado se traspasó de régimen en virtud del derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones, por lo tanto, concluyó que no se evidencian vicios en el consentimiento, más cuando no se allegó solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional.

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, e incluso el porcentaje de gastos de administración.

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 **ELEAZAR GUTIÉRREZ MENDOZA** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1982 y 2000 (fs. 42 a 48). **2)** Que el 26 de enero del año 2000 el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliado a la fecha (Exp. Digital). **3)** Que el 18 de julio de 2019 el demandante solicitó a **COLPENSIONES** la anulación del traslado de régimen a **PORVENIR S.A.**, petición despachada de manera negativa por esa entidad (fs. 91 a 93).

1. DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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.

De igual forma, la Jurisprudencia también ha dejado claro que sin importar el contexto temporal en que se dio el traslado, independiente de las normas vigentes para la época, el deber de brindar una asesoría completa a cargo de las AFP viene desde su misma creación. Así se recabó en Sentencia SL1452-2019, donde quedo dicho: “(...) como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían 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. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. (...)”.

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 los pormenores de la asesoría 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 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 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.

Finalmente, 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).

Es por lo anterior que debe confirmarse la sentencia apelada y consultada, y como se resolvieron de forma desfavorable 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 cargo de cada una de las citadas.

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: CONFIRMAR la Sentencia No. 181 del 14 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: 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)