

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:	76001-31-05-006-2018-00608-01
DEMANDANTE:	MARÍA DEL CARMEN HERRERA MOLINA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 157 del 24 de julio de 2020
JUZGADO:	Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA

APROBADO POR ACTA No. 13
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 141

Hoy, diez (10) de mayo 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 constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia de primera instancia No. 157 del 24 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA DEL CARMEN HERRERA MOLINA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-006-2018-00608-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 121**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 34 a 54, al igual que en las contestaciones militantes a folios 77 a 97 por parte de **PORVENIR S.A.**, y a folios 129 a 135 la 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. 157 del 24 de julio de 2020, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **PORVENIR S.A.** **2)** En consecuencia, ordenó el traslado de los valores correspondientes a aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración. **3)** Por lo anterior, ordenó a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de la actora sin solución de continuidad. **4)** Condenó en costas a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso le correspondía a la **AFP** demostrar que brindó a la demandante una información completa que permitiera a la afiliada decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería mejor, cuestión que no acreditó **PORVENIR**, pues simplemente aportó el formulario de afiliación, documento que a su juicio no es conducente para acreditar tal asesoría.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **PORVENIR** presentó recurso de apelación señalando, en estricta síntesis, haber cumplido con los parámetros exigidos en materia de información para la época del traslado de la demandante, tiempo en el que bastaba con la suscripción del formulario como lo disponía el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y al exigir aspectos surgidos vía jurisprudencia y leyes posteriores, se está sometiendo a la entidad a un imposible jurídico. Asumió que también era obligación de la demandante informarse, pues es una persona plenamente capaz, máxime que la relación dada entre AFP y afiliada está regulada en la Ley 100 de 1993. De igual forma, refiere que al tener como nula la afiliación de la demandante, debe entenderse que nunca administró los aportes de la actora, y en consecuencia, no se pudieron generar los rendimientos ordenados devolver a **COLPENSIONES**. Además, precisó que en cuanto a los gastos de administración, estos tenían una destinación específica, esto era, administrar los recursos de la actora, y al tener que incluirlos en la devolución, genera un enriquecimiento sin causa a favor de esta última. Finalmente, insistió en que la entidad siempre actuó de buena fe, asegurando las contingencias de la accionante.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 210, se reconoce personería adjetiva a la Dra. GLORIA MAGDALY CANO, identificada con T.P. No. 224.177 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 06 de abril de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, presentaron escrito de alegatos, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

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 de la demandante al RAIS, y la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes, rendimientos, 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)** La señora **MARÍA DEL CARMEN HERRERA MOLINA** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1982 y 2000 (Archivo 02 ED). **2)** Que el 27 de marzo del 2000 la actora suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliada a la fecha (fs. 6 a 18). **3)** Que el 11 de octubre de 2018 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al régimen de prima media, a lo que no accedió la entidad en comunicación de la misma fecha (fs. 24 a 25).

DE LA INEFICACIA DE TRASLADO

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.**

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46292 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 acrediten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, **única prueba obrante en relación con el acto de la afiliación de la demandante**, 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, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó de la actora 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. No obstante, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, observa la Sala que en la decisión estudiada se impuso a **PORVENIR** la obligación de devolver los gastos de administración, por lo que habrá de adicionarse la sentencia en el sentido que tales sumas deberán regresarse de manera indexada.

Obra señalar que en cuanto a la devolución de los rendimientos y gastos de administración ordenada por la *A quo*, precisa esta Colegiatura, que dicha obligación surge como consecuencia de declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la 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 la SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31989, 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 a la 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.

Es por lo anterior que debe adicionarse la sentencia en lo descrito anteriormente, debiendo confirmarse en lo demás, y como se resolvió de manera desfavorable el recurso propuesto por **PORVENIR S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de la citada.

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: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada No. 157 del 24 de julio de 2020, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en lo atinente a que **PORVENIR S.A.** deberá devolver a **COLPENSIONES**, los gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia apelada y consultada.

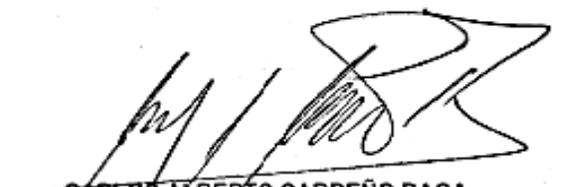
TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV el valor de las agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)



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