

**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>	76001-31-05-011-2018-00364-01
<b>DEMANDANTE:</b>	LUZ DARY MILLÁN MONROY
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No. 340 del 11 de noviembre de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Ineficacia de Traslado de Régimen
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

**APROBADO POR ACTA No. 13**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 153**

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. 340 del 11 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LUZ DARY MILLÁN MONROY** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-011-2018-00364-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 130**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 50, al igual que en las contestaciones militantes a folios 180 a 191 por parte de **COLPENSIONES**, y a

folios 223 a 225 la 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. 340 del 11 de noviembre de 2020, el Juzgado Once 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 las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, comisiones y gastos de administración. **3)** En consecuencia, ordenó a **COLPENSIONES** recibir a la demandante en el RPMPD. **4)** Condenó en costas a ambas entidades.

Fundamentó su decisión en que, dentro de las obligaciones de las AFP está brindar al afiliado toda la información necesaria y suficiente relativa a todas las etapas del proceso de afiliación, de que nace desde la antesala de la afiliación misma, en tanto las personas no tiene la obligación de ser experta en temas pensionales, como si lo deben ser los asesores. Tales aspectos, coligió, **PORVENIR** no acreditó, en tanto no demostró haber informado a la demandante sobre los pormenores del traslado de régimen pensional, omisión que termina desencadenando en el error como vicio del consentimiento.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de **PORVENIR** señaló, en resumen, que no están dados los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, y mucho menos la nulidad como quiera que no se probó que la demandante fuera una persona incapaz, cuestión que puede ser ratificada o sujeta a término de prescripción. Aseguró que el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, las asesorías y la realización de aportes, contradiciendo el engaño alegado en la demanda, pues la actuación estuvo ajustada a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, garantizándose el derecho de retracto en los términos del Decreto 1161 de 1994 y el artículo 13 de la Ley 100 ibidem, modificada por la Ley 797 de 2003. En cuanto a la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría, citó un pronunciamiento de la Superfinanciera donde precisó que la misma no era necesaria, agregando con relación a la proyección de la eventual mesada pensional, que la

misma Corte Suprema de Justicia ha dicho que la falta de esta no da pie a la ineficacia o nulidad del traslado.

Insistió que al tenor de los artículos 488 CST y 151 CPLSS, la ineficacia deprecada está afectada por prescripción, en tanto que lo discutido en el proceso no tiene nada que ver con la adquisición del derecho pensional. De igual forma, argumentó la improcedencia de la devolución de las comisiones y gastos de administración, por ser descuentos autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, más aún cuando ha sido por la administración diligente de la AFP que se han generado los rendimientos, los cuales, de llegar a devolverse a **COLPENSIONES**, generarían un enriquecimiento sin causa de esta entidad. Apuntó que, con la ineficacia declarada, debe entenderse que la actora nunca estuvo afiliada a **PORVENIR**, no hubo administración de los recursos por parte de esta última y no se generaron rendimientos.

Expresó que no hay lugar a devolver las sumas o primas de los seguros previsionales, como quiera que la compañía aseguradora cumplió con la debida cobertura, al igual que los gastos de administración, puesto que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no contempla este emolumento dentro del listado de conceptos a devolver cuando se efectúa un traslado, rubro sobre el cual precisa, también es prescriptible. Finalmente, arguyó que debe aplicarse la compensación entre los gastos de administración y los rendimientos.

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

### **RECONOCE PERSONERÍA**

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 214, se reconoce personería adjetiva a la Dra. PAOLA ANDREA GUZMÁN CARVAJAL, identificada con T.P. No. 295.535 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, la entidad demandada **COLPENSIONES**, presentó escrito de alegatos los cuales se tiene 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 el recurso de apelación.

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** La señora **LUZ DARY MILLÁN MONROY** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1979 y 1996 (Archivo 02 ED). **2)** Que el 13 de febrero de 1996 la actora suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, Fondo al que se encuentra afiliada a la fecha (fs. 60 a 75). **3)** Que el 12 de enero de 2018 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** la nulidad de su traslado al RAIS, petición a la que no accedieron las entidades en comento (fs. 78 a 89).

### **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 nulidad 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 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 adocinado 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.

Sobre este aspecto, es menester que la Corporación precise que la ineficacia del traslado no se produce simplemente por la inexistencia de proyección pensional, pues dicha conclusión tiene su génesis en la falta de información clara y transparente, entiéndase, sobre todas las repercusiones implícitas en el acto mismo del traslado de régimen, en el cual la citada proyección es apenas uno de esos presupuestos que, conjuntamente dan al traste con la afiliación al RAIS.

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 conocimiento del proceso en esta instancia ocurre también en sede de consulta en favor de dicha entidad, habrá de adicionarse la sentencia en el sentido de precisar que los gastos de administración deberán devolverse debidamente indexados.

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 sentencias 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.

De otro lado, frente al argumento del apelante relativo a que los gastos de administración no están incluidos en el listado de conceptos a trasladar, conforme el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, la Sala comparte la conclusión del Juez de primera instancia, atinente a que el supuesto fáctico

planteado en dicha normativa regula aspectos de traslados de régimen efectuados con arreglo a las exigencias legales del caso, y no para situaciones irregulares como la analizada, donde la afiliación al RAIS se materializó ante un evidente incumplimiento de la **PORVENIR** de sus obligaciones, la cual permite impide argumentar que el traslado surta plenos efectos, razón por la que ni siquiera es predicable la procedencia de una compensación de estos por la entrega de los rendimientos financieros, independiente de la buena administración de recursos expuesta por el apelante.

Igualmente, respecto de la manifestación atinente a que parte de los recursos se entregaron a entidades aseguradoras en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, como quiera que, desde la consecución del acto ineficaz, estos valores han debido ingresar al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos con cargo a sus recursos propios, criterio expuesto por la CSJ – Sala de Casación Laboral en Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020.

Finalmente, la prescripción propuesta 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 adicionarse la Sentencia en los términos descritos, y como se resolvió de manera desfavorable el recurso propuesto por la **AFP 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 No. 340 del 11 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de precisar

que **PORVENIR S.A.** deberá devolver los gastos de administración con destino a **COLPENSIONES**, debidamente indexados.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

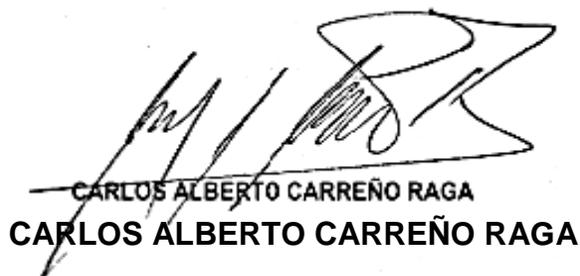
**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**



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