



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de decisión Laboral

MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-014-2019-00569-01
DEMANDANTE:	MARIELLA MENDOZA POLANCO
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 261 del 18 de septiembre de 2020
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN:	ADICIONA
SENTENCIA:	No. 160
FECHA:	Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

La Sala procede a proferir sentencia escrita, 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, **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. 261 del 18 de septiembre de 2020, conforme a los siguientes,

II. ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 2 a 7, el pronunciamiento realizado por la Procuraduría que obra a folios 69 a 74 y en las contestaciones militantes a folios 64 a 68 por parte de **COLPENSIONES**, 84 a 105 la de **PROTECCIÓN S.A.**, y 155 a 163 la realizada por **PORVENIR S.A.**, y 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. 261 del 18 de septiembre de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, declarar no probadas las excepciones propuestas y declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante, condenando en consecuencia a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todo el capital de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el bono pensional si hubiere lugar a ello, y finalmente ordeno a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante en el régimen de prima media.

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la **AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**, haber brindado una información clara, suficiente y calificada, con el fin de ilustrar a la 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, viciando incluso actuaciones posteriores realizadas con ocasión de ese hecho, como, por ejemplo, posteriores traslados. En consecuencia, procedió a declarar la ineficacia del traslado solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que el traslado de la actora se dio en ejercicio de la legítima potestad de traslado, actuación para la cual estaba en pleno uso de sus derechos, y en ese sentido, de haberse opuesto la entidad, habría incurrido en una transgresión a la posibilidad de elegir libremente el régimen pensional. Por último, hizo énfasis que al acceder a la ineficacia solicitada se genera un traumatismo financiero para la entidad, quien tendría la carga de reconocer las prestaciones económicas en favor de la afiliada. Además, a esta última le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional. Por último, solicit se revoque la condena en costas. porque la ineficacia concluida estuvo cimentada en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a la fecha de afiliación de la demandante.

A su turno, el mandatario de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que, por lo menos en el caso de esta entidad, no quedó acreditada la configuración de los vicios del consentimiento. Indicó que la obligación de informar sobre la favorabilidad pensional surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que, al

momento de la afiliación de la actora, dicho ente cumplió con lo establecido en el Decreto 692 de 1994, que simplemente imponía la obligación de suscripción de formulario. Finalmente, insistió en la aplicabilidad de la prescripción tanto para la ineficacia propuesta como para los gastos de administración, y procuró por la disminución en la condena en costas impuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

PARTE DEMANDANTE

Indicó que la afiliación al RAIS no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues las AFPs no pusieron en conocimiento sobre los riesgos, las ventajas y desventajas que implicaban el traslado de régimen, que permitieran tomar una decisión informada que afectaría su derecho pensional.

COLPENSIONES

Señaló que la afiliación de la actora al RAIS es válida y cumplió los requisitos legales para ello, que la AFP suministró la información necesaria y suficiente al momento del cambio de régimen, prueba de ello es el formulario de afiliación que reposa en el expediente. Empero, advirtió que de confirmarse la ineficacia de traslado, se debe condenar a Protección S.A. a devolver los gastos de administración, cotizaciones, comisiones, primas y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima.

PORVENIR S.A.

Argumentó que la demandante no logró demostrar los vicios del consentimiento que al momento de la afiliación, que generen la ineficacia del traslado. Alegó que el fondo privado cumplió con el deber de información previsto en la norma para la época del cambio de régimen pensional, por ende, se debe entender que la misma goza de plena validez. Agregó que la orden de devolver los gastos de administración

y sumas adicionales resulta improcedente, puesto que en la norma está establecido únicamente que para los casos como el presente, existe la obligación de retornar el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

La demandada Protección S.A., no presentó alegatos de conclusión.

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 **PROTECCIÓN S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como aportes.

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 **MARIELLA MENDOZA POLANCO** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones el 24 de junio de 1975 (Archivo 01 f.42 ED). **2)** Que la demandante solicitó a **COLPENSIONES** y a **PROTECCIÓN S.A.** su afiliación al régimen de prima media, a lo que no accedieron (fs. 39 y 42).

DE LA INEFICACIA DEL 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.** (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, ni **PROTECCIÓN S.A.**, ni **PORVENIR S.A.**, Fondo seleccionado por la demandante previa estancia en el ISS, 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 acercada 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.

Súmese a lo dicho que, si bien la actora lleva más de 20 años afiliada al RAIS, este hecho por sí solo no le otorga la razón a **PORVENIR S.A.**, pues debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, dicha entidad no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias,

riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y entiéndase, lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados posteriores dentro del mismo régimen, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

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.

En este punto, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, observa la Sala que en la decisión estudiada no le impuso a **PROTECCIÓN S.A.**, ni a **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver los gastos de administración, motivo por el cual habrá de adicionarse la sentencia en el sentido que **PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.** debe devolver a dicha entidad todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión al traslado de la accionante, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

Ahora, precisamente en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, concluye esta Colegiatura que al 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 estos rubros al RPM. Este tema 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 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.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES S.A.**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de dicha entidad.

Es por lo anterior que se adicionará la Sentencia en los términos indicados, confirmándose en los demás aspectos. 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: ADICIONAR la Sentencia No. 261 del 18 de septiembre de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, a devolver debidamente indexados a **COLPENSIONES** los valores correspondientes con

sus respectivos rendimientos incluidos los gastos por administración y las sumas adicionales de la aseguradora que recibió con ocasión al traslado de la señora **MARIELLA MENDOZA POLANCO**, por el tiempo que estuvo afiliada a cada entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS de 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,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

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)