



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

MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-014-2019-00616-01
DEMANDANTE:	DUILIO GARTNER MACIAS
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A. Y OTRO.
ASUNTO:	Apelación Sentencia No. 286 del 28 de setiembre de 2020
JUZGADO:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	ADICIONA
SENTENCIA:	No. 155
FECHA:	Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Procede a proferir la decisión escrita, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y el grado jurisdiccional al que también tiene derecho **COLPENSIONES**, frente a la sentencia de primera instancia No. 286 del 28 de setiembre de 2020, previos los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1. Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tiene los contenidos en la demanda obrante en el archivo 01 del expediente digital de primera instancia (f. 1-9), en las contestaciones por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (f. 99-130), y por parte de **COLPENSIONES** (f. 81-85), 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.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali – Valle, mediante Sentencia No. 286 del 28 de setiembre de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante del RPM al RAIS en marzo de 1995 con los efectos indicados en la parte motiva; ordenó a **COLPENSIONES** aceptar el traslado al RPM y condenó en costas a ambas demandadas.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que de acuerdo con la jurisprudencia, el engaño también se produce cuando se guarda silencio y en estos casos es la AFP la que debe tener la iniciativa en proporcionar toda la información, lo que se traduce en un traslado de la prueba del actor a la demandada, pues estas entidades se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, por ello sus obligaciones se analizan con un grado de rigor mayor que las de los particulares.

Sostuvo que el demandante es pionero en su afiliación al RAIS, ya que su traslado ocurrió en 1995, por lo que le da credibilidad cuando afirma que no sabía que era lo que estaba firmando, pues aunque la AFP diga que el traslado fue libre y voluntario, no existe prueba de que haya proporcionado una debida asesoría respecto las causas y efectos de trasladarse de régimen pensional, por lo cual lo declara ineficaz con la consecuencia de que la AFP debe trasladar a COLPENSIONES todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que al estar vigente la afiliación del demandante al RAIS no resulta procedente la declaratoria de ineficacia, ya que se crea un traumatismo a la Nación al quedar la prestación en cabeza de **COLPENSIONES** por generarse una inestabilidad jurídica y financiera. Agrega que la obligación legal de las AFP de proporcionar información solo nació en el año 2015, por lo que al momento del realizarse el traslado del actor esa exigencia no existía.

Sostiene que se debe revocar la condena en costas toda vez que en la forma en que se presentó el traslado de régimen fue ajeno a la entidad, ya que su efectividad y validez no dependía de ella. Además, que no se evidencia negligencia o actuar omisivo por parte del fondo administrador del RPM.

4. 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:

4.1. PARTE DEMANDANTE

Indicó que la AFP no le informó de las ventajas y desventajas del traslado, tampoco se le entregaron los cálculos y proyecciones que evidenciaran las implicaciones del cambio de régimen, lo cual, le llevó a tomar decisiones sobre su pensión de manera desinformada, con engaños y asaltando su buena fe. En consecuencia, solicita se declare la ineficacia del traslado.

4.2. PROTECCIÓN

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues cumplió con el deber de información que se exigía al momento de la afiliación del actor, agregó que la comisión de administración es un descuento autorizado por las normas vigentes, por tanto, no es procedente se condene a su devolución.

La demandada Colpensiones no presentó alegatos de conclusión dentro del término.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto y al grado jurisdiccional en favor de **COLPENSIONES**, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar; primero, si **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con su deber de información al momento en que se efectuó la afiliación del señor **DUILIO GARTNER MACIAS** y, en consecuencia, si procede o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante desde el RPM al RAIS. Segundo, si la obligación de **COLPENSIONES** de recibir al demandante en el RPM atenta contra el principio de

sostenibilidad financiera del sistema y; tercero, si es procedente absolver a **COLPENSIONES** de la condena en costas de primera instancia.

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que el señor **DUILIO GARTNER MACIAS** se afilió al Régimen de Prima Media, el 8 de marzo de 1984 (f. 39, archivo 01 ED); **2.** Que el demandante suscribió formulario de afiliación a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, el 15 de marzo de 1995 (f. 132 archivo 01 ED).

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 los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la 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, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, 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 lo que jurisprudencialmente se ha denominado 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, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al promotor de la acción.

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 desde su misma creación, 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 (f. 137 archivo 01 ED), **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 poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la 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.

Ahora, hay que resaltar que, si bien el formato de afiliación suscrito por el actor no fue elaborado libremente por la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a la AFP del RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Súmese a lo dicho que, si bien el promotor de la acción lleva más de 20 años afiliada al RAIS, este hecho por sí solo no le otorga la razón a **PROTECCIÓN S.A.**, pues debe reiterarse que lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS 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, con 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, 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 del afiliada, debiéndose adicionar la sentencia en el sentido de incluir, dentro de los recursos a devolver, **los gastos de administración indexados e**, pues conforme la jurisprudencia a la que se hizo alusión en líneas anteriores, estos rubros también deben ser trasladados al RPM, pues lo que se busca es que el regreso del actor a ese régimen pensional afecte en lo más mínimo su estabilidad financiera.

Sobre la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración es menester indicar 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 tales emolumentos, sin que exista el derecho para la AFP, como consecuencia de esa declaratoria, con base en la teoría de las restituciones mutuas, quedarse o lucrarse de tales comisiones o gastos de administración, pues ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad y en un perjuicio para el RPM al que debe necesariamente regresar el afiliado. Este tópico 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, debe señalarse que la orden impartida 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 y las comisiones por parte de las AFP del RAIS a las cuales estuvo vinculado el promotor de la acción, es decir, el capital no se ve desmejorado. Por lo anterior, procede confirmar la decisión en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, aspecto sobre el cual no se pronunció la A quo, este medio exceptivo no tiene vocación de prosperidad, 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).

Finalmente, en relación con las costas de primera instancia, que también fueron objeto de reproche por parte de **COLPENSIONES**, considera la Sala que no le asiste razón a la entidad, pues conforme el art. 365 del C.G.P., al revisar el actuar de su actuar durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que 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 confirmará la decisión de primer grado en este tópico.

Con todo, habrá de adicionarse la sentencia apelada de acuerdo con lo descrito anteriormente, confirmándose en los demás aspectos. De igual forma, al no salir avante los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES**, se le impondrá costas en esta instancia., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 286 del 28 de setiembre de 2020, en el entendido de **DECLARAR** que dentro de los recursos a devolver por parte de **PROTECCIÓN S.A**, debe incluir lo recibido por gastos de administración indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia estudiada.

TERCERO: COSTAS esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Fíjese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
acto judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


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 Doto 491 de 2020)