

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:	76001-31-05-003-2019-00472-01
DEMANDANTE:	MARTHA LUCÍA DUQUE PÉREZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020
JUZGADO:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen

APROBADO POR ACTA No. 01
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 10

Hoy, ocho (08) de febrero 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 de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia de primera instancia 158 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA LUCÍA DUQUE PÉREZ** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-003-2019-00472-01**.

SENTENCIA No.10

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA LUCÍA DUQUE PÉREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin que: **1) Se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado que realizó al Régimen**

de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.**, y en consecuencia, se ordene el retorno al Régimen de prima Media. **2)** Que en dicho regreso se trasladen todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, junto a los correspondientes rendimientos, ordenándose a **COLPENSIONES** que proceda a afiliarla y a aceptar tales recursos. **3)** El pago de las costas procesales.

En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, contenidos en la demanda visible en el CD de folio 31, así como en la contestación de la por parte de **COLPENSIONES** allegada a folios 55-57 y la emanada de **PORVENIR S.A.** a folios 108-119 (Arts. 279 y 280 CGP).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de la Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020, el Juzgado Tercero 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, rendimientos financieros y gastos de administración, condenando en costas a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la AFP, que brindó una asesoría detallada y clara a la demandante, pese al deber de información en cabeza de las Administradoras frente a los intereses de los afiliados, aspecto que no se deriva simplemente de la suscripción de un formulario de afiliación. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario. De igual forma, consideró que tampoco es posible derivar el cumplimiento de la carga probatoria de **PORVENIR S.A.**, como consecuencia de la inasistencia de la actora al interrogatorio.

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 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, el mandatario de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que, la carga dinámica de la prueba ha sido mal utilizada, pues al tenor del artículo 167 CGP, tal distribución probatoria debe estar antecedida de una declaratoria del Juez. Insistió que, al no asistir al interrogatorio de parte decretado, debieron aplicarse las consecuencias derivadas de esta conducta. Agregó que, al haberse definido el proceso en aplicación de la figura de la ineficacia, bajo la teoría de las restituciones mutuas, no podía ordenarse el retorno de los rendimientos generados. Por último, hizo alusión a que los gastos de administración son susceptibles de prescribir.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 25 de enero del 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad **PORVENIR S.A.** adujo, en resumen, que no le asiste la razón al fallador de primera instancia, toda vez que no se logró demostrar vicios en el consentimiento al momento del cambio de régimen de la demandante ni las causales previstas en el artículo 1741 y 1598 del C.C. Agregó que, conforme al formulario de afiliación suscrito por la actora, se logra probar que la decisión del traslado surgió de forma libre, espontánea y sin presiones; más cuando, el fondo privado brindó información oportuna y completa, garantizando el derecho al retracto, del cual la demandante no hizo uso.

Respecto a la devolución de gastos de administración, indicó que conforme al artículo 113 de la Ley 100/93, no se debe ordenar el retorno de sumas diferentes a las indicadas en dicha norma. Por lo anterior, solicitó al TSC revocar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, **COLPESIONES** expuso que la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía la demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones; por lo anterior, no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento que pudiesen generar la nulidad del traslado. Agregó que la actora nunca allegó solicitud de retiro cuando le faltaban 10 años para adquirir su derecho pensional; en consecuencia, solicitó al TSC revocar la sentencia y en su lugar absolver a la administradora de las pretensiones de la demanda.

La parte demandante no presentó alegatos dentro del término concedido para tal fin.

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 **MARTHA LUCÍA DUQUE PÉREZ**, se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones desde 1994 (Cd. f. 50). **2)** Que el 08 de julio de 1997 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. 72-93). **3)** Que el 24 de julio de 2019 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 (Cd. f. 50).

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE**, son razones:

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, **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 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.

Ahora, en relación con los argumentos del mandatario de la AFP demandada, relativos a la aplicación de las consecuencias contempladas en el artículo 205 CGP, derivadas de la inasistencia de la demandante al interrogatorio de parte decretado, no es la alzada el escenario procesal oportuno para solicitar la imposición de las mismas, pues tal alegación debió efectuarla en la etapa correspondiente, esto es, dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 CPLSS, más aun cuando allí deben discriminarse con cierta precisión, los hechos sobre los cuales se tendrá como confesa a la parte que no comparece a la respectiva diligencia, no siendo viable proceder en esta Sede la aplicación de tales sanciones.

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.

Respecto a lo señalado en el recurso de **PORVENIR S.A.**, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros ordenada por la *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 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. 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, 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,

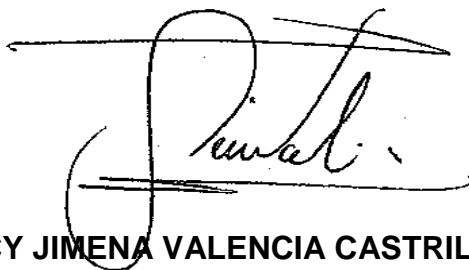
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 158 del 28 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

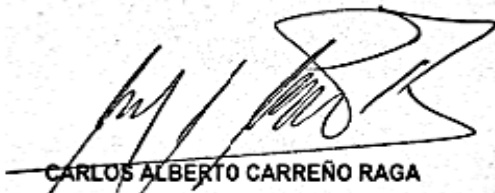
SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



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



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