

**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>	76001-31-05-001-2019-00672-01
<b>DEMANDANTE:</b>	YOLIMA ÁLVAREZ CEREZO
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No. 234 del 29 de octubre de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Primero 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. 129**

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 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 No. 234 del 29 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **YOLIMA ÁLVAREZ CEREZO** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, radicado **76001-31-05-001-2019-00672-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 111**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 15, al igual que en las contestaciones militantes a folios 68 a 76 por parte de **COLPENSIONES**, y a folios 100 a 119 la de **PORVENIR S.A.**, y el allanamiento formulado por **COLFONDOS S.A.**, contenido en el archivo 03 ED, 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. 234 del 29 de octubre de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, resolviendo: **1)** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **COLFONDOS S.A.** y posteriormente a la **AFP PORVENIR S.A.** **2)** En consecuencia, ordenó a la demandada **PORVENIR S.A.** el traslado de todos los valores que hubiese recibido con ocasión del traslado y afiliación de la demandante, incluyendo los gastos de administración. **3)** Igualmente, ordenó a **COLFONDOS S.A.** trasladar lo recibido por gastos de administración. **4)** También ordenó a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de la demandante. Por último, condenó en costas a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso no se demostró por parte de la **AFP**, haber brindado una información clara, entendible y oportuna a la demandante sobre las circunstancias de su traslado, pues pese a haber suscrito el formulario de afiliación, lo hizo guiada por las manifestaciones de los asesores de la administradora del RAIS, quienes, reiteró, no cumplieron con el deber legal de información. Procediendo entonces declarar la ineficacia del traslado.

### RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que los gastos de administración que se ordenaron devolver a dicha entidad, deben trasladarse debidamente indexados, a efectos de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de las AFP. Además, refirió, debe ordenarse también las sumas correspondientes a las primas previsionales, el porcentaje de garantía de pensión mínima, y las cotizaciones voluntarias en el caso de existir.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** señaló, en resumen, que esta entidad siempre actuó de buena fe, justamente en el traslado que la demandante realizó proveniente de otra AFP del RAIS, situación que puede corroborarse de la suscripción del formulario de afiliación, el cual cumple los aspectos formales y legales, siendo ello prueba del ejercicio de la libertad de traslado, sumado a que desde el año 2015, la actora no presentó reclamo alguno al respecto. Frente a este último punto, señaló que para la época de afiliación a **PORVENIR**, a la demandante le faltaban menos de 10 años para llegar a la edad de pensión, por lo que le era imposible regresar al RPMPD, máxime que su interés actual de regresar a dicho régimen no radica en la falta de información, sino en el carácter económico devenido de la expectativa pensional que tiene, de lo cual no puede colegirse el engaño por parte de la citada entidad, como quiera que la mayoría del tiempo estuvo afiliada a **COLFONDOS**, administradora en donde realizó la mayoría de aportes.

Añadió que la libertad de afiliación radica en cabeza del afiliado, y en este caso estamos ante una persona plenamente capaz. Insistió en que para la ineficacia alegada se configuró la excepción de prescripción, agregando igualmente que ante la ineficacia declarada, debe entenderse que nunca estuvo afiliada al RAIS, y en ese caso, no hay lugar a devolver los rendimientos y gastos de administración, los cuales fueron utilizados precisamente para generar tales réditos.

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. 204 del 10 de mayo de 2021, se reconoce personería adjetiva a la Dra. ALEJANDRA MURILLO CLAROS identificada con T.P. No. 302.293 del C.S. de la J. para actuar como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante Auto del 09 de marzo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, tanto las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, como el demandante **YOLIMA ÁLVAREZ CEREZO** 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, e incluso el porcentaje de gastos de administración, obligación que también se verificará en lo atinente a **COLFONDOS S.A.**

## 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 **YOLIMA ÁLVAREZ CEREZO** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1978 y 1998 (Archivo 02 Historia Laboral). **2)** Que en el mes de agosto de 1999 la demandante se trasladó al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** (f. 122). **3)** Posteriormente, el 25 de agosto de 2015 suscribió formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (fs. 120 a 125). **4)** Que 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 mención (fs. 26 a 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, **COLFONDOS S.A.**, Fondo seleccionado por la demandante previa estancia en el ISS, no probó, ya que, incluso, se allanó a lo establecido en el escrito de demanda.

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, contrario a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR**, 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, trasladándose incluso entre AFP del mismo RAIS, debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, **COLFONDOS** 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, incluidos los gastos de administración, punto en el cual debe hacerse énfasis en cuanto recurso presentado por dicha entidad, como quiera que la orden dada en primera instancia hizo referencia a la devolución de todos y cada uno de los rubros percibidos por **PORVENIR** con ocasión del traslado, subsumiendo entonces aquellos emolumentos descritos en el recurso, no existiendo necesidad de complementar la orden en ese punto.

No obstante, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, observa la Sala que en la decisión estudiada solo se le impuso a **PORVENIR** y a **COLFONDOS** la obligación de devolver los gastos de administración, motivo por el cual habrá de **adicionarse** la sentencia en el sentido que tales sumas deberán regresarse de manera indexada.

Ahora, precisamente en cuanto a la improcedencia de la devolución de los rendimientos financieros y gastos de administración, tópico cuestionado por **PORVENIR S.A.**, concluye esta Colegiatura que tampoco les 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 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.

En cuanto a 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).

Así las cosas, se adicionará la Sentencia en los términos indicados, confirmándose en los demás aspectos. Como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto 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:**

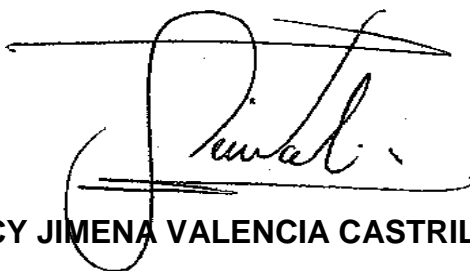
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada No. 234 del 29 de octubre de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en lo atinente a que los gastos de administración que deben devolver **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con destino a **COLPENSIONES**, deben ser debidamente indexados.

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

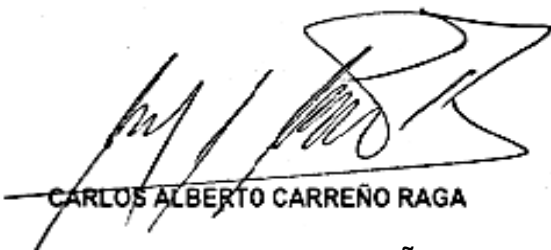
**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV a cargo de esta, como agencias en derecho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(ACLARACIÓN DE VOTO)**



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