

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: | 76001-31-05-008-2020-00117-01 |
| DEMANDANTE: | EDINSÓN ALBERTO PEREA GARCÍA |
| DEMANDADO: | COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. |
| ASUNTO: | Consulta y Apelación Sentencia No. 253 del 07 de octubre del 2020. |
| JUZGADO: | Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali |
| TEMA: | Ineficacia de Traslado de Régimen |
| DECISIÓN | CONFIRMA |

APROBADO POR ACTA No. 14
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 165

Hoy, once (11) 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 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo no apelado por esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 253 del 07 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **EDINSÓN ALBERTO PEREA GARCÍA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-008-2020-00117-01**.

A continuación, se procede a proferir la **SENTENCIA No. 141**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 20 a 22 del expediente digital del

Juzgado y en la contestación militante en el documento No.10 del expediente digital del Juzgado por parte de **COLPENSIONES**, 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.

Se notificó al Representante Legal de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto Legislativo 806 de 2020; sin embargo, al no obtener respuesta de la parte, mediante Auto Interlocutorio No. 928 del 30 de septiembre de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, tuvo por no contestada la demanda. (Documento 06 y 12 del Cuaderno Digital del Juzgado).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, mediante Sentencia No. 253 del 07 de octubre del 2020, en la que resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante efectuado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; como consecuencia de lo anterior, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados y rendimientos. Además, declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a **COLPENSIONES**. Finalmente, condenó a **PORVENIR S.A.** en costas.

Como fundamento de la decisión, la *A quo* indicó que la AFP no cumplió con la carga probatoria que le incumbe respecto a demostrar que al momento del traslado de régimen brindó al demandante toda la información completa y detallada de las consecuencias que el traslado traería, no solo en el momento mismo de la afiliación sino a futuro sobre los riesgos, aportes, inversiones y proyecciones en ambos regímenes. Tampoco demostró que le hubiese advertido al actor, al cumplimiento de los 52 años de edad, que estaba por cumplirse, tiempo límite para tomar una decisión sobre el traslado de régimen.

Agregó que, se presumen como ciertos los hechos de la demanda ante la no comparecencia del Fondo demandado. Por lo tanto, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver todos los valores recibidos con motivo de la

afiliación del actor, tales como cotizaciones, gastos de administración y rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** señaló que, no existen razones para decretar la ineficacia del traslado, ya que el actor se encuentra válidamente afiliado en otro Fondo. Por otro lado, expresó que la orden de recibir al demandante en el RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera de la Administradora.

RECONOCE PERSONERÍA

Atendiendo al poder especial que se allegó al expediente, mediante Auto No. 220, se reconoce personería adjetiva a la Dra. VIVIAN JOHANNA ROSALES CARVAJAL, identificada con T.P. No. 189.666 del C.S. de la J. para actuar como apoderado sustituto 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 demandada **COLPENSIONES** presentó escrito de alegatos, los cuales se tienen atendidos y analizados en esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si fue acertada la decisión de la A quo al declarar la ineficacia del traslado del demandante y si con ello se contraviene o no el principio de sostenibilidad financiera de **COLPENSIONES**.

CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** El señor **EDINSÓN ALBERTO PEREA GARCÍA** se afilió en materia de pensiones al ISS, realizando aportes desde octubre de 1983 hasta marzo de 2002, según consta en la historia laboral del expediente administrativo allegado por **COLPENSIONES** (Documento No.11 del cuaderno digital Juzgado). **2)** Que en el mes de abril de 2002 el demandante suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, Administradora en la que actualmente se encuentra vinculado el actor (f.09 del expediente digital). **2)** Que el actor solicitó a **COLPENSIONES**, el traslado de régimen, sin embargo, dicha solicitud fue resuelta de manera negativa. (fs. 16-17 del expediente digital).

1. 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 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 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 rad. 68.852 de 3 de abril de 2019.

Entonces, en definitiva 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 quien conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PORVENIR S.A.** no probó. 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 éstos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, se da la inversión de la carga de la prueba, donde la contraparte debe acreditar 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).

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado con **PORVENIR S.A.** (f.09 del expediente digital), resulta ser la única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, con la cual, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado al momento del cambio de Fondo Pensional; pues no se allegó otro material probatorio que permitiera llegar al convencimiento del cumplimiento al deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría; tal como lo ha establecido la CSJ en su jurisprudencia, donde hace un recuento, en la sentencia SL687-2021, de la evolución normativa sobre tal obligación de información a cargo de las AFP, el cual se sintetizó así:

| <i>Etapas acumulativas</i> | <i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i> | <i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i> |
|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Deber de información</i> | <i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i> | <i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i> |
| <i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i> | <i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i> | <i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca</i> |

| | | |
|-----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <i>de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i> |
| <i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i> | <i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i> | <i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i> |

Lo anterior permite concluir que, contrario a lo expuesto por el apoderado de **COLPENSIONES**, la AFP **PORVENIR S.A.** no cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz sobre el traspaso de régimen pensional del señor **EDINSÓN ALBERTO PEREA GARCÍA**, cuyo efecto inmediato a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado; por consiguiente, para la Corporación se encuentra ajustada a derecho la decisión de la A quo, por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, el resultado de la ineficacia del traslado es ordenar a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** aparte de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos y los gastos de administración; así, la orden de recibir nuevamente al demandante no le causa desequilibrio económico ni resulta atentatorio al principio de sostenibilidad financiera que reviste a la Administradora Colombiana de Pensiones, pues su regreso va acompañado de todas las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado; es decir, el capital no se ve desmejorado, ya que, los recursos que debe reintegrar el fondo privado, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Ante la no prosperidad del recurso se condena en costas de esta instancia a **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

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,

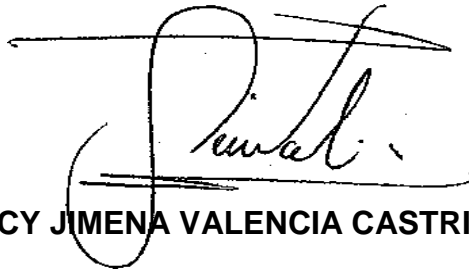
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada No. 253 del 07 de octubre del 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.


SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



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)