



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

MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-007-2020-00208-01
DEMANDANTE:	OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta y Apelación Sentencia No. 263 del 09 de noviembre del 2020.
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA
SENTENCIA:	No. 162
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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia de primera instancia No. 263 del 09 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-007-2020-00208-01**.

II. ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 01 a 05 del archivo No.02 del ED y la subsanación de la demanda a folios 01 a 03 del archivo No. 06 del ED, la contestación militante en los folios 03 a 11 del archivo No. 09 del ED por parte de **COLPENSIONES** y la contestación por parte de **PORVENIR S.A.** adjunta en el archivo No. 11 del 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

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, mediante Sentencia No. 263 del 09 de noviembre del 2020, en la que resolvió: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y declaró la ineficacia del traslado de la señora **OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO** del Fondo **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, ordenó a **COLPENSIONES** a admitir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

Del mismo modo, ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

Como fundamento de la decisión, el *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 a la demandante a cerca de las ventajas y desventajas del RAIS, las consecuencias en el pago de aportes y el monto de su pensión; tampoco se le indicó que necesitaba un capital mínimo para pensionarse, ni cómo serían distribuidos sus aportes, mucho menos sobre la posibilidad que tenía de retractarse; por lo tanto, el Juez consideró que **PORVENIR** incumplió con el deber de información conforme a los arts. 271 y 272 de la L.100/93, en consecuencia, dispuso dejar sin efectos jurídicos el traslado de régimen del RPM al RAIS y ordenó

al Fondo Privado a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, incluidos los rendimientos y los gastos de administración.

Finalmente, con relación a la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, el Juez primigenio advirtió que a la luz del precedente jurisprudencial, se ha determinado que en los casos en que se declara la ineficacia del traslado, el afiliado tiene la facultad de solicitar en cualquier tiempo el cambio de régimen, así, declaró no probada la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** señaló que, el traslado se produjo de forma libre y voluntaria, cumpliendo todos los requisitos establecidos en el art.11 del Decreto 656 de 1994, que, dicho sea de paso, no estipulaba el deber de información en los términos de la demanda, lo que se demuestra con el formulario de afiliación firmado por la demandante. Agregó que, durante el tiempo en que estuvo afiliada al Fondo Privado, la actora no presentó reparos confirmando de esta manera, su voluntad de estar cotizando en el RAIS.

En cuanto a la devolución de gastos de administración y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, advirtió que, una vez declarada la nulidad en los términos del Código Civil, debe entenderse que no existió la afiliación de la persona al RAIS, por ende, no se generan rendimientos ni gastos de administración que **PORVENIR S.A.** este obligada a retornar, mucho menos, los porcentajes al Fondo de pensión mínima.

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 la AFP no suministró la información de forma completa y veraz sobre los riesgos, las

ventajas y desventajas que implicaban el traslado de régimen, que le permitieran tomar una decisión informada que afectaría su derecho pensional.

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 Colpensiones no presentó alegatos de conclusión.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en establecer; primero, si la AFP **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber de información al momento en que se efectuó la afiliación de la señora **OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO** y, en consecuencia, si procede o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante desde el RPM al RAIS; segundo, si se encuentra ajustada a derecho la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante.

CONSIDERACIONES

Se advierte que, 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)** Que la señora **OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO** se afilió en materia de pensiones al ISS,

realizando aportes desde enero de 1985 hasta agosto de 1998, según consta en la historia laboral del expediente administrativo allegado por **COLPENSIONES** (Archivo No.10 ED). **2)** Que en el 28 de agosto de 1998 la demandante suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** (Archivo No. 11 ED). **3)** Que la actora elevó solicitud de traslado de régimen del RAIS al RPM, a **COLPENSIONES**; sin embargo, éste fue resuelto de forma negativa (Archivo No.03 ED).

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 a la afiliada 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 sí 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 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.

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 quien conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, **PORVENIR S.A.** no probó a pesar de recaer en ella 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, contrario a lo expresado en el recurso de apelación por parte de la apoderada del fondo privado, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado con **PORVENIR S.A.** (Archivo No. 11 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 las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales al momento del cambio de fondo y régimen pensional. Además, no se allegó otro material probatorio que permitiera llegar al convencimiento del juzgador en cuanto al 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>Etapa acumulativa</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</i>

		<i>pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca 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>

Súmese a lo dicho que, si bien la actora lleva más de 23 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, no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

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 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, los gastos de administración, las comisiones, hasta el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**.

Sobre la devolución de los rendimientos, comisiones, gastos de administración y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, es menester indicar 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, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. 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. (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Lo anterior permite concluir que, opuesto de lo manifestado en la alzada, la AFP **PORVENIR S.A.** no cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz sobre el traspaso de régimen pensional de la señora **OLGA PATRICIA CORREDOR CEDEÑO**, cuyo efecto inmediato a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado y en consecuencia, la orden de devolver todas las sumas de dinero en la cuenta individual de la accionante, se encuentra ajustada a derecho.

En este sentido, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia. De igual forma, al no salir avante el recurso interpuesto por **PORVENIR S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1SMLMV.

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 en todo la sentencia apelada y consultada No. 263 del 09 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral de Cali.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale

FABIO HERNÁN 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)