



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISIÓN L A B O R A L

Hoy 30 DE JUNIO DEL 2020 siendo las 11:00 am, la Sala Primera de Decisión Laboral, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No.101** , integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **RUBEN DARÍO JIMÉNEZ ACOSTA** en contra de las **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y la **A.F.P. COLPENSIONES** bajo radicación N° 76001-31-05-011-2017-00334-00 en donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la entidad demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia N° 329 del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual se **DECLARÓ** la nulidad de afiliación del demandante RUBEN DARÍO JIMÉNEZ ACOSTA a COLFONDOS S.A., y posteriormente a PORVENIR S.A., y consecuencia, generar el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, **CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado del demandante, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados y los gastos de administración, conforme las previsiones del literal f del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir las sumas provenientes de PORVENIR, para financiar la prestaciones económica que como administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella. **CONDENÓ** en costas a las demandadas.

1

RAZONES DE LA CONDENA: Considera que la obligación trasciende del simple deber de información de la A.F.P, y como una emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo en un ejercicio más activo al dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Determinó que el fondo privado no cumplió con la carga probatoria que le correspondía de demostrar que en efecto se ofreció toda la información que se requería de forma clara y eficaz al momento que se surtiría el traslado de régimen pensional; lo que pretenden es demostrar que se cumplió con dicha obligación en el formulario de afiliación, sin embargo de tal documento lo único que se observa es una leyenda sobre la voluntad de afiliación que tomo el demandante, no obstante, de ese documento no se desprende que en efecto los fondos hayan cumplido con la obligación de proporcionar al afiliado todas los beneficios y consecuencias negativas, así como las incidencias que la decisión de cambio de régimen tendría respecto del derecho pensional en proceso de consolidación, es decir, situaciones como el disfrute de la pensión, monto de la mesada, la diferencia en el pago de aportes y la pérdida del régimen de transición en el caso de que el demandante fuera beneficiario de dicho régimen, denotando un actuar falaz de la administradora de pensiones, frustrando su expectativa de pensión acorde con sus ingresos base de cotización. En virtud de la carga dinámica de la prueba, las entidades pasivas debían demostrar que efectivamente hayan ofrecido una información veraz en el acto de traslado, sin embargo no se cumplió con esa carga probatoria, tornándose ineficaz el traslado.

MOTIVO DE LA APELACIÓN DE A.F.P. PORVENIR: Funda su recurso en que, **i)** cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables, es por eso que el ordenamiento jurídico establece las dos opciones para que el afiliado tome su decisión; **ii)** afirma que no se probó que el demandante fuera presionado o engañado al momento de suscribir la solicitud, lo que permitiera concluir que su decisión estuviera viciado de error de hecho, de fuerza o dolo; **iii)** respecto de la asesoría pensional, esta es verbal, para que la afiliación resulte valida, basta con la firma en el formulario, lo que resulta de forma libre y espontánea, conforme al documento que se allegó; **iv)** sobre la excepción de prescripción, aduce que su representada no se refiere al derecho pensional en sí, toda vez que el demandante se puede pensionar en un régimen u otro, lo que está manifestando es la oportunidad jurídica para accionar este tipo de procesos referente a la nulidad, teniendo en cuenta que la tesis de la prescripción, tratándose de nulidad, se basa en que el traslado es un acto jurídico, por cuanto es la manifestación de la voluntad del demandante y por lo cual se produce efecto jurídico, razón por la cual conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 y 1750 del Código Civil, la acción está sujeta a prescripción; **v)** los descuentos que se le han realizado al demandante por concepto de administración de aportes, ha tenido soporte en la preceptiva vigente, a través de la cual se estableció con toda claridad que el descuento por concepto de administración se debe realizar sobre el ingreso base de cotización; **vi)** Que resulta un imposible jurídico, reintegrar a Colpensiones los dineros

descontados por concepto de comisión de administración, teniendo en cuenta que entre el porcentaje global de comisión por administración de aportes, un porcentaje se destina a pagar la póliza para cubrimiento de los seguros de invalidez, muerte y otros para financiar los gastos de administración y fogafin.

Situación procesal que para su dilucidación exige poner de presente que la base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por el A quo, razón por la cual procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 097

La sentencia APELADA y CONSULTADA debe **CONFIRMARSE**.

Por ser menester desarrollar el grado jurisdiccional de consulta, conforme la decisión de la sala mayoritaria en esta nos ocuparemos, para luego proceder a estudiar los puntos de las apelaciones, de ser el caso.

CONSULTA: Son razones:

Es necesario para lo sustantivo del asunto, determinar que en el mundo de las obligaciones jurídicas particularmente, en el campo de los aseguramientos, bien civil, comercial o pensional, la doctrina¹ y la jurisprudencia² han reconocido la estricta necesidad que tiene la parte pasiva aseguradora de acreditar lo que es consustancial a todo acto de ese tipo, la debida información a la parte débil en estas transacciones, lo cual obedece a la presencia del principio de la buena fe, del que deriva la necesidad de una cabal información, se repite, asunto exigido en el marco del derecho civil, comercial y pensional, sin que en éste exista alguna razón para su desatención, ya que es la base o el estribo que rige la figura del traslado entre los sistemas pensionales, lo que también se presenta en la movilidad pensional, pues para eso la ley 100/93 estatuye el derecho a migrar o cambiar de régimen pensional.

Pero hay más, también en el derecho común y comercial, se da por establecido la figura de la inversión de la carga de la prueba, la que nos permite averiguar a quien le compete acreditar esa debida información, suceso igualmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina³, de modo que si eso acontece en el mundo del

2

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) "Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados"... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Acta No. 056, Rad. No. 31314 del 09 de septiembre de 2008, que recuerda la de radicado 31989 de la misma fecha: "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia sea la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

³ Ídem, "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la administración de pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene el carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

derecho privado con mayor razón se recibe tal postulado en el derecho social, dada la trascendencia que el tema pensional tiene dentro de la seguridad social en pensiones, para que ese acto sea pleno, eficaz y surta efectos jurídicos.

También hay que tener en cuenta que en el presente asunto, no se advierte de manera objetiva el habersele brindado al accionante la debida información, lo que en todos los casos de esta situación debe advertirse, no siendo prueba de ello el mero hecho de la firma del formulario. La Sala de Casación Laboral, con sentencia **SL413-2018** precisó el criterio jurisprudencial contenido en la providencia CSJ SL, 13 marzo. 2013, rad. 42787, en el sentido de que la afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación. Lo que está probado es que el **23 de octubre de 1974** (fl. 13) ingresó al régimen de prima media, para luego cambiarse al RAIS en el fondo A.F.P. COLFONDOS S.A. el **16 de mayo de 2001** (fl. 89), para finalmente trasladarse a PORVENIR S.A. el **25 de enero de 2002** (fl. 87).

De otro lado resulta necesario indicar conforme a la sentencia **C-177/1998**, que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las administradoras, no de manera discrecional sino obligatorio, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora.

Cabe anotar también, de modo especial respecto de los gastos de administración que, como lo reconoce la jurisprudencia especializada, esa conducta indebida de la administradora hace a su cargo el asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, para el caso, los gastos examinados⁴.

Examinada la consulta con la nulidad del traslado, pasa la sala a examinar los motivos de las apelaciones.

Respecto a la **APELACIÓN**: Procede la Sala a resolver la propuesta así:

Por la parte DEMANDADA **PORVENIR S.A.**: Respecto a la prescripción, la sala considera:

No se comparte su dicho, pues se debe manifestar que la recuperación del régimen de prima media y la movilidad del sistema pensional son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad art 48 constitución política⁵ y como lo ha expuesto la corte suprema de justicia en sentencia **SL-1689/2019**⁶.

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

1. **ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada en el sentido de ORDENAR a PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente a los gastos de administración a su cargo.

⁴ Ídem.

⁵ **Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

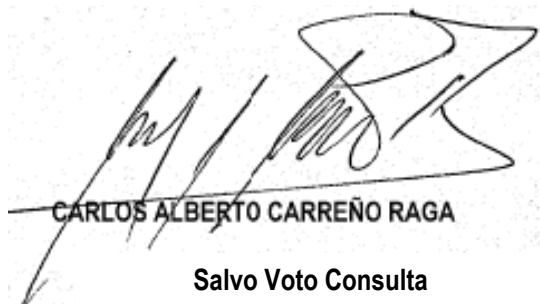
⁶ " En conclusión, la Sala Laboral enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social".

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., las que se fijaran en el momento procesal oportuno.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Salvo Voto Consulta



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA.



GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO.

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