

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-012-2018-00328-01
DEMANDANTE:	MARÍA VIVIANA BONILLA MEDINA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN
ASUNTO:	Apelación de Sentencia N° 325 del 18 de octubre de 2019.
JUZGADO:	Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de régimen

**APROBADO POR ACTA No. 22
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 140**

Hoy, diecinueve (19) de agosto de dos mil veinte (2020), 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 **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de APELACIÓN presentado por Porvenir S.A. así como el grado jurisdiccional de consulta de la Sentencia N° 325 del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA VIVIANA BONILLA MEDINA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR** radicado **76001-31-05-012-2018-00328-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 139

1) ANTECEDENTES

La señora **MARÍA VIVIANA BONILLA MEDINA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por estar viciado, en consecuencia, se ordene el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, así mismo pretende la condena en costas.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 2-20 demanda, 85-89 contestación de la demanda por parte de Colpensiones, 202-227 contestación de la demanda por parte de

Colfondos SA, 242-270 contestación de Porvenir S.A., y 328-356 contestación de Protección SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, decidió la primera instancia mediante sentencia No. 325 del 18 de octubre de 2019, en la que resolvió: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarar la nulidad del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos; no impuso condena en costas a Colpensiones y Protección S.A., solo a Porvenir S.A. Y Colfondos S.A.

2) RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir, interpuso el recurso señalando que el traslado de la demandante al RAIS se dio de manera libre y voluntaria, que la permanencia en dicho régimen ratifica su voluntad de estar allí; que le corresponde a la parte demandante acreditar los hechos de la demanda. Precisó que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables frente al otro; que no se puede entender que los errores de derecho puede viciar el contenido de los actos jurídicos, y que tampoco se debe imponer requisitos a las AFP que no se pedían para la época en que se dio el traslado, pues refiere que sí se dio la información, por ende resulta válida la afiliación con la suscripción del respectivo formulario, el cual se aportó al proceso. Arguyó que Porvenir siempre actuó de buena fe y con sujeción a la ley. Refirió que se debe aplicar la excepción de prescripción.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 24 de julio del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante alega que las entidades demandadas omitieron brindar información completa y comprensible al momento de realizar el traslado de régimen, viciando de esta forma la actuación; por lo cual considera que debe declararse la nulidad de traslado efectuada hacia la AFP Colfondos, a Protección y finalmente a Porvenir S.A. y a su vez obligar a devolver a Colpensiones los rendimientos generados.

Por su parte, la demandada Colpensiones arguye que al ser el traslado de régimen potestad única y exclusiva del afiliado, goza de plena validez su actuación; además, la norma prohíbe el traslado pensional cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, como sucede en el presente caso.

La entidad Porvenir S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, ya que, antes del año 2016 las asesorías para el traslado se realizaban de forma verbal, sin que por ello pueda afirmarse que no fueron completas y transparentes, de tal forma que niega haber faltado al deber de información que se le indilga. Sostiene además, no se le puede exigir la realización de proyecciones o estudios sobre el monto de las mesadas, ya que dependen del comportamiento del rendimiento financiero de los fondos. Respecto a los gastos de administración, menciona que no se evidencia ningún detrimento en la cuenta individual de la actora, por lo que, en virtud del principio de sostenibilidad financiera, no procede la devolución por estos

conceptos.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE** con una leve adición, son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos respecto a la demandante: **1)** nació el 9 de mayo de 1963 (fl.21); **2)** Ingresó al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES e inició cotizaciones a partir del 14 de noviembre de 1989 (fl.28). **3)** El 10 de agosto de 1994 suscribió formulario de afiliación a Colfondos (fl.23) y en el año 2003 con Porvenir S.A. (fl.22).

El problema jurídico para resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *a quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y la condena impuesta a Porvenir S.A. respecto de devolver a COLPENSIONES, aparte del valor de las cotizaciones, sus rendimientos; así mismo determinar si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Es de advertir 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.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo, en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que Porvenir S.A. no probó. No puede pretenderse que la afiliada 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, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, 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.

Frente a la excepción de prescripción, basta decir que por tratarse la afiliación o traslado de régimen un acto que consecuentemente afecta el derecho pensional de la afiliada, directamente ligado con el derecho a la seguridad social – art. 48 de la Carta Política-, resulta imprescriptible.

Así resultar acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos. Este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, 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.”

Conforme a lo expuesto, la obligación de los fondos de pensiones privados donde estuvo afiliada la demandante, como consecuencia de la ineficacia del traslado es devolver a COLPENSIONES aparte de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, los gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, en consecuencia, habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en ese sentido por favorecerle el grado jurisdiccional de consulta a dicha entidad.

Por todo, se adicionará la sentencia como antes se indicó y en lo demás se confirmará.

Como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. se le impondrá costas en esta instancia.

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 consultada y apelada en el sentido que PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. deben devolver a COLPENSIONES los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A fijense como agencias en derecho la suma 1 SMLMV.

Los magistrados:


GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO


**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)*