

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

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-003-2019-00513-01
<b>DEMANDANTE:</b>	JAIRO FERNANDO DURÁN BUENDÍA
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta Sentencia No. 25 del 30 de enero de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 30**  
**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 255**

Hoy, cinco (05) de noviembre 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 los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones concedido en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **JAIRO FERNANDO DURÁN BUENDÍA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-003-2019-00513-01**.

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

**SENTENCIA No. 254**

**1) ANTECEDENTES**

El señor JAIRO FERNANDO DURÁN BUENDÍA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR SA, con el fin que se declare la nulidad absoluta o ineficacia del contrato mediante el cual se trasladó al RAIS tanto a Porvenir SA como a Protección SA, y se ordene el retorno al RPM, con el traslado de los dineros, como cotizaciones con rendimientos. Adicional, pretende el pago de las 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 21-28 demanda, 61-68 contestación de la demanda por parte de Colpensiones y 101-127 contestación de Protección SA y 143-162 contestación de Porvenir S.A (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: Declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir SA, así como el traslado a ING hoy Protección SA y el retorno a Porvenir SA, en consecuencia ordenó el traslado de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; y condenó en costas a las administradoras de fondos privados.

## **2) RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de Porvenir SA señaló en resumen que, no se configuró ninguna causal de ineficacia porque los traslados estuvieron atemperados al art. 13 de la Ley 100 de 1993, y decretos reglamentarios. Señaló que se garantizó el derecho al retracto, porque publicó un comunicado de prensa haciendo saber a los afiliados esa posibilidad, además que se cumplió con el deber de asesoría que se exigía para el momento del traslado. Precisó que se configuró el fenómeno de la prescripción conforme al CPTSS y CST. Solicitó que en caso de confirmarse la decisión, se revoque la condena relativa a los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración.

A su vez el apoderado de Colpensiones señaló que no es procedente el traslado en cualquier tiempo como se pretende, atendiendo el art. 2° de la Ley 100 y el art. 1° del D. 3800 de 2003, dado que el demandante se encuentra a menos de diez años para adquirir la pensión.

## **3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 01 de octubre del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada Porvenir S.A. sostuvo que no quedó acreditado ningún vicio en el consentimiento que generara la nulidad de la afiliación al RAIS. Aseguró que le garantizó al demandante el derecho de retracto, sin que ejerciera dicha facultad desde el año 1999 cuando realizó el cambio de régimen; además, otorgó información clara, oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado. Finalmente, advirtió que en caso de declararse la nulidad, no resulta procedente el retorno de dineros por concepto de gastos de administración y solicitó al TSC absolver a la entidad de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, Colpensiones solicitó sea revocada la sentencia proferida por el *a quo*, argumentando que no existen vicios en el consentimiento que causen la nulidad del cambio de régimen, pues el actor en su derecho a la libre escogencia se trasladó al RAIS; además, recalcó que el actor no allegó en su momento la solicitud de retiro cuando le faltaban diez años para adquirir su derecho pensional.

De otro lado, la AFP Protección S.A. manifestó que no es procedente que se ordene la devolución de dineros por concepto de comisión de administración, toda vez que dichas comisiones fueron causadas durante el manejo y dirección de la cuenta de ahorro individual del afiliado, más cuando debido a la buena gestión del fondo se generaron frutos y mejoras; agregó que, de aplicarse la teoría de la nulidad en estricto sentido el afiliado tendría que devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP.

Finalmente, el demandante argumentó que al momento de realizar la afiliación los fondos privados omitieron brindar información relevante sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, negándole la posibilidad de mejorar su derecho fundamental al mínimo vital; en consecuencia, solicitó al TSC confirme la sentencia de primera instancia.

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 dirimen los argumentos expuestos en los recursos 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: **1)** Que el demandante se afilió al ISS e inició las cotizaciones en marzo de 1982 (fl.167) y **2)** Que el demandante se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Protección SA en 1999, luego a ING hoy Protección (fl.139).

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 del demandante al RAIS y la orden de devolver a COLPENSIONES los valores que PORVENIR S.A. hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como aportes, rendimientos, incluso el porcentaje de gastos de administración; además establecer 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 al interesado, circunstancia que como se dijo, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA no probaron. 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, se considera que a pesar de que el 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 del afiliado, directamente ligado con el derecho a la seguridad social – art. 48 de la Carta Política-, resulta imprescriptible. Así resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos.

Respecto a lo señalado en el recurso de PORVENIR SA, en cuanto a la improcedencia de la devolución de los gastos de administración ordenada por la *a quo*, concluye esta Sala que tampoco le asiste razón a la apelante en este punto, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir que como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; 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.”*

En consecuencia la obligación del fondo de pensiones privados 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 para extender dicha orden a Protección SA, por favorecerle el grado jurisdiccional de consulta a dicha entidad.

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente al 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. Así mismo, cabe aclarar que el regreso del demandante al régimen de prima media es en virtud de la ineficacia del traslado como antes se analizó y no por virtud de la Ley como lo plantea el apoderado de COLPENSIONES.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, con la adición citada, y como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se les 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 PROTECCIÓN SA igualmente debe 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 restante la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de Porvenir SA. y Colpensiones, fijese la suma de 1 SMLMV a cada una por valor de agencias en derecho.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

**Los magistrados:**

  
**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

  
**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)*