

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-41-05-016-2019-00316-01
DEMANDANTE:	SONIA MARGARITA DE VIVERO CAMACHO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR SA
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia No. 362 del 5 de diciembre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 01
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 11**

Hoy, ocho (08) de febrero 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 **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** respecto de la sentencia No. 121 del 24 de julio de 2010 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **SONIA MARGARITA DE VIVERO CAMACHO** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-41-05-016-2019-00316-01**.

SENTENCIA No. 11

ANTECEDENTES

La señora **SONIA MARGARITA DE VIVERO CAMACHO**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR**

S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al RAIS, y en consecuencia, solicita que se declare que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, así mismo, se condene al traslado de la totalidad del capital de su cuenta de Ahorro Individual junto con sus rendimientos y gastos de administración; finalmente solicita 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 03-22 de la demanda, 90-94 contestación de la demanda por parte de **COLPENSIONES** y 125-145 contestación de la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (arts. 279 y 280 CGP).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 121 del 24 de julio de 2010, en la que resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas; declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con **PORVENIR S.A.**; ordenar a **COLPENSIONES** aceptar el regreso de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y a **PORVENIR S.A.** a realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de la accionante; finalmente, impuso condena en costas a la parte vencida en juicio.

Como argumentos de su decisión, indicó la *A quo* que de acuerdo a la normativa vigente y a la jurisprudencia de las Altas Cortes, las Administradoras de Pensiones desde su creación tienen a su cargo el deber de información; asimismo, conforme a la carga dinámica de la prueba, deben demostrar que cumplieron con dicha obligación al momento de la afiliación, por lo que estableció que **PORVENIR** no brindó la información necesaria, clara y por escrito de las ventajas y desventajas del traslado de régimen a la actora; además, no aportó pruebas ni allegó testigos que permitieran concluir que la AFP suministró asesoría detallada a la demandante. Como consecuencia de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado por falta de información, negó la excepción de prescripción aduciendo que por ser derechos pensionales, éstos son imprescriptibles y ordenó devolver los aportes de la cuenta de ahorros de la demandante a **COLPENSIONES**.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que a la actora no le asiste el derecho de trasladarse de régimen pensional, pues no se logró demostrar que hubiese sido engañada para tomar una decisión contraria a sus intereses, tampoco medió fuerza ni coacción; agregó que la demandante permaneció en el RAIS por años sin comunicar alguna inconformidad.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso solicitando la revocatoria de la sentencia con fundamento, en resumen, en que el Fondo sí cumplió con el deber de información al efectuar el traslado de régimen. Insistió en que si bien no existe documento escrito que demuestre la asesoría que se otorgó a la señora **SONIA MARGARITA DE VIVERO CAMACHO**, esto no es óbice para declarar que no se dio una información clara, veraz y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado. Afirmó que se debe dar valor probatorio al formulario de afiliación allegado al proceso y que el deber de información es de doble vía, es decir que la afiliada debía actuar con diligencia y cuidado. Finalmente, destacó que no existe norma que declare la nulidad por la falta de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 25 de enero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada **COLPENSIONES** adujo que conforme al artículo 13 y 107 de la Ley 100 de 1993, el traslado de régimen suscrito por la actora goza de plena validez, por ser potestad única y exclusiva de la afiliada sin que pueda trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; en consecuencia, la Administradora Colombiana de Pensiones no está en la obligación de realizar el cambio del RAIS al RPM.

Por su parte, el fondo privado **PORVENIR S.A.** expuso, en resumen, que no le asiste la razón a la demandante, por cuanto, cumplió a cabalidad con el deber de información; no obstante, señaló que conforme al artículo 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del CST y el artículo 53 de la Constitución Política, no existe forma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones debido a la ausencia de información completa del afiliado. Insistió en la

improcedencia del traslado de aportes y rendimientos, puesto que en caso de declararse la nulidad no habría lugar a retornar los rendimientos dado que éstos nunca se habrían producido.

De igual forma, alegó la prescripción de la acción de nulidad en los términos del artículo 1750 del Código Civil y los artículos 151 CPT y SS, y solicitó al TSC revocar la sentencia de primera instancia y condenar en costas a la demandante.

Finalmente, la parte demandante argumentó que el fondo privado no logró demostrar en el proceso que le brindó una información clara, completa y profesional a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen, con el fin de que la señora **SONIA MARGARITA DE VIVIERO CAMACHO** pudiese tomar la mejor decisión sobre su futuro pensional. Por lo anterior, solicita al TSC confirme la sentencia de primera instancia que declara la nulidad del traslado.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y su consecuencial regreso a **COLPENSIONES** junto con las cotizaciones.

CONSIDERACIONES

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que la demandante se afilió régimen de prima media con prestación definida e inició las cotizaciones en el año 1990 (f.30) y **2)** Que se trasladó del ISS al RAIS con **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 01 de septiembre de 1997 (f.164).

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

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 del 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 y la sentencia SL12136 rad. No 46.292 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, éste 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial fue signada por la afiliada (f.157) y que durante el interrogatorio de parte indicó que la afiliación fue voluntaria, individual, *sin coacción y en presencia de la Asesora Comercial de Porvenir* (Min. 35:39), la actora asimismo comunicó que recibió información de que *el Seguro Social iba a desaparecer y que la mejor opción para el manejo de la pensión era con el Fondo Privado Porvenir*, finalmente, insistió en que no recibió asesoría alguna (Min.36:36).

Nótese que del formulario de afiliación arriba mencionado, suscrito por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Así, esta Corporación echa de menos pruebas, cálculos comparativos entre regímenes o alguna evidencia donde se explique a la demandante de forma detallada, las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS y al RPM; pues solamente fue allegado al proceso la simulación pensional del 04 de diciembre de 2018 (fs.39 al 41) donde se limitan a plasmar el monto del capital y los rendimientos de la cuenta de ahorros para dicha calenda. Todo lo cual, permite concluir que la AFP no cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz al momento de realizar el traspaso de régimen pensional de la señora **SONIA MARGARITA DE VIVERO CAMACHO**.

Así mismo, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado (f. 50), 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.

Resulta entonces acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante y la orden de remitir a **COLPENSIONES** los valores recibidos por concepto de cotizaciones y rendimientos.

Ahora bien, como el grado jurisdiccional de consulta le favorece a **COLPENSIONES**, habrá de adicionarse la sentencia en el sentido que igualmente **PORVENIR S.A.** debe devolver a dicha entidad, 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.

Frente a la devolución de los valores recibidos por la AFP, entre ellos los gastos de administración, 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 señaló:

“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.”

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, con la leve adición referida, y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** 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:

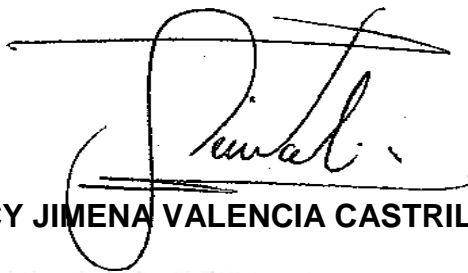
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que **PORVENIR S.A.** igualmente debe devolver a **COLPENSIONES** los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la Aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho Fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma 1 SMLMV a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

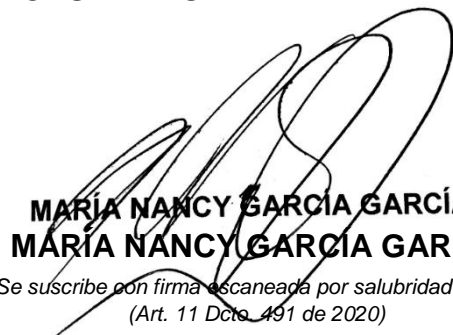
Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)



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