

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**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>	76001-31-05-017-2019-00169-01
<b>DEMANDANTE:</b>	LUISA FERNANDA MÉNDEZ BONILLA
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES Y OTROS
<b>ASUNTO:</b>	Consulta - Apelación de Sentencia No. 18 del 11 de febrero de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 29  
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 234**

Hoy, veintidós (22) de octubre 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 impetrado por las demandadas Colpensiones, Protección SA, Porvenir SA y OLD MUTUAL en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones dentro del proceso ordinario promovido por **LUISA FERNANDA MÉNDEZ BONILLA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA, OLD MUTUAL, COLFONDOS SA** y **PORVENIR SA**, radicado **76001-31-05-017-2019-00169-01**.

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

**SENTENCIA No. 233**

**1) ANTECEDENTES**

La señora LUISA FERNANDA MÉNDEZ BONILLA, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES, PORVENIR SA, OLD MUTUAL, COLFONDOS y PROTECCIÓN SA con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media al de ahorro individual y como consecuencia se ordene su retorno a COLPENSIONES y que OLD MUTUAL traslade la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, además pretende la condena en costas a todas las demandadas.

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 61-68 demanda, 90-95 contestación de demanda de Colpensiones, 121-163 contestación de Protección, 177-184 contestación de OLD Mutual, 228-245 contestación de Porvenir SA y 263-267 contestación de Colfondos SA. (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 18 del 11 de febrero de 2020, en la que resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas; declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN SA en el año 1996, y con posterioridad a Colpatria y Horizonte Pensiones y Cesantías SA, hoy Porvenir SA, luego con SKANDIA, con Colfondos y OLD Mutual, y en consecuencia el retorno al RPMPD; condenar a OLD MUTUAL SA a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993; así mismo condenó a COLFONDOS SA, PORVENIR SA y a PROTECCIÓN SA remitir a COLPENSIONES los gastos de administración del periodo que estuvo afiliada la demandante, incluso en las entidades que fueron absorbidas. Dispuso que COLPENSIONES reciba la afiliación definida de la demandante con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual y los rubros ya enunciados. Impuso costas a PORVENIR SA, COLFONDOS, OLD MUTUAL y a PROTECCIÓN.

## **2) RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, con fundamento en:

**OLD MUTUAL** que no procede la condena para la devolución de los gastos de administración, dado que la misma se encuentra autorizada en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

**PROTECCIÓN:** En igual sentido, señaló que no procede la devolución de los gastos de administración, porque se trata de comisiones ya causados como contraprestación a la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, señaló que se debe dar aplicación al art. 1746 del CC.

**PORVENIR S.A.** A su vez la apoderada judicial, también coincidió en la negativa de la devolución de los gastos de administración, invocando el art. 1746 del CC. Señaló que la demandante fue debidamente informada y su afiliación fue de manera voluntaria sin ejercer ninguna presión, fuerza o dolo.

**COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia, señalando que de aceptar el traslado de la demandante en las condiciones en que se encuentra, es decir, próxima a pensionarse, atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema de que trata el AL 01 de 2005.

## **3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 17 de septiembre de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demandada AFP Old Mutual S.A. sostiene que la demandante contó con un grupo de asesores idóneos y calificados que le brindaron información correcta y veraz sobre las ventajas y desventajas de la afiliación. Refiere que aunque no cuenta con registro documental, la actora ejerció su derecho de forma libre y voluntaria. Respecto a los gastos de administración, señala que su devolución configura un cobro de lo no debido, por lo tanto, se debe revocar la sentencia de primera instancia.

Por su parte, Protección S.A. indica la comisión de administración se encuentra debidamente autorizada por el Art. 20 de la L.100/93 y se evidencia su buena gestión con los rendimientos financieros que se han generado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Por lo anterior, concluye que no es procedente su devolución y de aplicarse la teoría de la nulidad, el afiliado es quien debería devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP.

De otro lado, Porvenir S.A. considera que no se vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante por no suministrar información. Reitera que proporcionó la asesoría clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al RAIS. Refiere que se deben tener en cuenta las obligaciones en cabeza de los afiliados, tales como, la obligación de informarse de manera diligente sobre el Sistema General de Pensiones. De último, señala de improcedente el traslado de gastos de administración, son sumas que fueron invertidas y cumplieron su finalidad.

Finalmente, la demandante aduce que ninguna de las AFPS logró demostrar que cumplieron con su deber de información, pues no brindaron una asesoría completa y veraz al momento de la afiliación. Por lo anterior, solicita al TSC declare la nulidad del traslado y como consecuencia ordene su regreso automático al RPM.

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 los recursos de apelación.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 24 de septiembre de 1965 (fl.3); **2)** Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES e inició las cotizaciones en febrero de 1987 (fl.4) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS con PROTECCIÓN mediante formulario de afiliación del 20 de febrero de 1996 (fl.164), con posterioridad con Colpatria, luego retornó a Protección SA, después se fue a Horizontes, Colpatria, nuevamente Protección y a Horizontes (fl.166).

El problema jurídico para resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión del *a quo* en declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS proveniente de COLPENSIONES y la consecuencial devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración.

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 Protección SA, Porvenir SA, Colfondos SA y OLD MUTUAL no probaron. 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 actora 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.

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 y gastos de administración.

En efecto, ese deber de devolución de esos valores 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.”*

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente a la demandante no le causa desequilibrio financiero a la entidad, como equivocadamente lo señala la apoderada en el recurso, pues su regreso va acompañado de los aportes y rendimientos además de los gastos de administración, últimos que incluyen el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la asegurada, las cuales deben ser cubiertas con el propio patrocinio de los Fondos Privados, por lo tanto no se ve afectado los valores de las cotizaciones que finalmente son los que le permitirán financiar una prestación pensional en caso de reunir todos los requisitos legales.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos, 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,

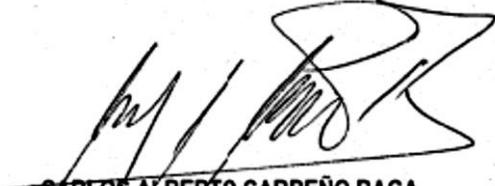
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia consultada y apelada.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir SA, Protección SA y OLD Mutual SA, fijense como agencias en derecho la suma \$1 SMLMV a cargo de cada una.

**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)*