

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

M.P. Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	76001-31-05-009-2019-00578-01
DEMANDANTE:	FABIO TENORIO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Consulta - Apelación de Sentencia No. 23 del 29 de enero de 2020
JUZGADO:	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 29
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 237**

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 impetrados por Colpensiones y Porvenir SA en contra de la Sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones dentro del proceso ordinario promovido por **FABIO TENORIO** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.** Radicado **76001-31-05-009-2019-00578-01**.

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

S E N T E N C I A No. 236

1) ANTECEDENTES

La señora **FABIO TENORIO**, presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES y PORVENIR SA, con el fin de que se declare nulo el traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual con PORVENIR SA y en consecuencia se declare válidamente afiliado a Colpensiones, además 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 1-7 demanda, 122-135 contestación de la demanda COLPENSIONES, 178-197 por parte de Porvenir SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 23 del 29 de enero de 2020, en la que resolvió declarar no probados las excepciones propuestas; declarar la ineficacia del

traslado que efectuó el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Porvenir SA y en consecuencia debe ser admitido por COLPENSIONES sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado; ordenar a Porvenir SA que traslade a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, con sus respectivos rendimientos financieros; ordenar a COLPENSIONES a cargar a la historia laboral del demandante los aportes realizados; impuso costas a Porvenir SA y COLPENSIONES.

2) RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, Colpensiones presentó apelación el que fundamentó en resumen en, que el demandante se encuentra dentro de la prohibición que consagra el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, para trasladarse, por ende, su derecho a trasladarse se encuentra expirado, y que Colpensiones no es responsable por la falta de información por parte de Porvenir, así como tampoco debe responder por la condena en costas.

Por su parte, la apoderada de Porvenir señaló en resumen que, no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad del acto jurídico del traslado, el cual se dio de forma libre y espontánea, cumpliendo los requisitos vigentes para la época; además, arguyó que el demandante ratificó su voluntad con la permanencia en dicho régimen, por cuanto, no manifestó ninguna inconformidad durante el tiempo de afiliación. Añadió que la pretensión del traslado no surge por la falta de información, sino porque el cálculo de la pensión no cumple con las expectativas del demandante.

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 Colpensiones sostiene que no es viable conceder el traslado de régimen, pues, el demandante debía cumplir antes con una permanencia de 5 años y que no faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Indica que el actor realizó la afiliación al fondo privado de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo cual, no viable acceder a sus pretensiones.

Por su parte, Porvenir alega que cumplió con el deber de información, pues el actor realizó la afiliación pensional de forma libre y sin ningún tipo de coacción. Manifiesta que el demandante solicita la nulidad de traslado debido al hecho de no cumplir con la expectativa personal de pensión e inconformidad con el monto de su mesada, lo cual, no configura vicios en el consentimiento. Advierte que resulta improcedente la obligación de devolver los dineros de los rendimientos, pues la afiliación fue válida.

Finalmente, la parte demandante argumenta que no existió la debida y suficiente información por parte de la AFP; además, no logró demostrar que hubiese asesorado en debida forma sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Por lo anterior, solicita 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 interpuestos.

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)** Se encuentra acreditado que el demandante nació el 11 de mayo de 1960 (fl.10) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida e inició cotizaciones en el año 1982 (fl.11 vto.) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS con Porvenir SA en el año 1994 (fl.12 vto).

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, así mismo, determinar si es procedente la condena en costas impuesta a Colpensiones.

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 Porvenir SA no probó. 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.

Así resultar 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 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.”

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 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.

Finalmente en lo atinente al recurso impuesto por la condena en costas impuestas a Colpensiones observa la Sala que dicha entidad procedió a contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, formuló excepciones y resultó vencido en juicio, por lo que a las voces del art. 365 del CGP, es procedente la condena en costas en primer grado.

Por todo, se confirmará la sentencia de primera instancia, con la adición citada, 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: ADICIONAR la sentencia consultada y apelada en el sentido que PORVENIR 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 del demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir SA, fíjense 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)