

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:	76001-31-05-001-2019-00188-01
DEMANDANTE:	MARTHA ESCOBAR LÓPEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA Y PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación y consulta Sentencia No. 401 del 16 de diciembre de 2019
JUZGADO:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali
TEMA:	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 34
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 291**

Hoy, diez (10) de diciembre 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. MARIA 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, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **MARTHA ESCOBAR LÓPEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-001-2019-00188-01**.

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. 287

1) ANTECEDENTES

La señora MARTHA ESCOBAR LÓPEZ presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual y en consecuencia se ordene a las administradoras de fondos privados trasladar a COLPENSIONES la totalidad del saldo de su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, además 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 4-17 demanda, 44-48 contestación de la demanda COLPENSIONES, 59-66 contestación de Protección S.A. y 97-114 contestación de Porvenir SA (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia del 16 de diciembre de 2019 en la que resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad, en principio a Colmena hoy Protección SA y con posterioridad a Porvenir SA, realizado por la demandante, como consecuencia, ordenó a Porvenir SA a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, además del porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. Finalmente, impuso costas a las administradoras de Fondos Privados.

2) RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante dejó de manifestó su inconformidad con la omisión de la imposición de la condena en costas a Colpensiones, señalando que esa entidad se opuso a las pretensiones de la demandante; además, señaló que no está de acuerdo con el monto de las agencias en derecho, por cuanto este tipo de procesos se ha vuelto reiterativo, y los fondos están omitiendo la jurisprudencia vertical y horizontal que existe al respecto.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones señaló en resumen que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria, que debió probar que se incurrió en un vicio que cause nulidad, sin que haya demostrado más allá del dicho de la parte actora, y que se debe tener en cuenta la libre escogencia de régimen. Precisó que la demandante ha permanecido en el RAIS por más de diez años.

A su vez, el apoderado de Porvenir SA señaló que no se demostró en el proceso la supuesta nulidad o ineficacia que se está solicitando, expuso que ni siquiera la demandante conoce dicho acto jurídico, conforme a lo señalado en el interrogatorio de parte. Señaló que para el año 1998 no existían los deberes que se están imponiendo en la condena de la juez, que lo único era suscribir el formulario de afiliación, y que tales obligaciones nacieron en el año 2010 y 2014. Precisó que lo celebrado es una vinculación que no es negociable y es de conocimiento de las dos partes, por estar consagrado en la ley, por lo que solicita se revoque la sentencia. Señaló que tampoco es viable la devolución de los gastos de administración, dado que cada parte debe asumir los gastos, mejoras y pérdidas por deterioro, que en este caso corresponderían a los gastos de administración.

3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 18 de noviembre del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la entidad demandada Porvenir adujo que cumplió con el deber de información; pues le comunicó a la demandante sobre los beneficios y limitaciones de ambos regímenes, permitiéndole de esta manera tomar una decisión libre, informada y sin presiones, tal como se evidencia con el formulario de afiliación. Insistió en la improcedencia del traslado de los gastos de administración, argumentando que son sumas que se agotaron cumpliendo su objetivo. En consecuencia, solicitó al TSC absolver a Porvenir de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, Colpensiones informó que la afiliada tiene el derecho a la selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes del sistema general de seguridad en pensiones, por lo tanto, solo podía trasladarse siempre y cuando no le falte menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Expuso que durante el proceso no quedó demostrado la falta de información ni los vicios en el consentimiento. Expuso que en caso de declararse la nulidad del traslado, el fondo privado debe devolver las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la afiliada.

La parte demandante no presentó alegatos dentro del término concedido para tal fin.

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 interpuestos.

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

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 8 de julio de 1965 (fl.22) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida el 8 de noviembre de 1984 (fl.24) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS en principio con Colmena en febrero de 1998 (fl.67) y posteriormente con Porvenir SA en el año 2004 (fl.117).

Así, 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, rendimientos y gastos de administración. Y si es viable imponer condena en costas 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 a la interesada, circunstancia que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN SA 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 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 los valores recibidos por concepto de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, últimos a cargo del propio patrimonio de PORVENIR S.A.

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 al apelante en este punto, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación de la 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.”

Así, y como quiera que le favorece la consulta a COLPENSIONES habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en el sentido que igualmente PROTECCIÓN SA debe devolver los valores recibidos por gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, rubros que fueron cobrados por la permanencia de la demandante en el RAIS.

Ahora bien, la orden a COLPENSIONES de recibir nuevamente a la 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.

Finalmente, y en lo que fue materia de apelación por la parte demandante, es procedente imponer condena en costas a Colpensiones SA conforme el art. 365 del CGP, por cuanto resultó vencida en juicio, contestó la demanda y propuso excepciones, en consecuencia, se adicionará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, para imponer condena en costas a Colpensiones. De otro lado, se precisa a la parte demandante, que esta no es la oportunidad procesal para atacar el monto de la condena en costas.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia con las adiciones antes enunciada, y como se resolvió de forma desfavorable los recursos de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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 el ordinal tercero de la sentencia consultada y apelada en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje de los gastos de administración, el porcentaje

correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, para precisa que también se impone condena en costas a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo restante.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR SA y COLPENSIONES, fíjense como agencias en derecho la suma de 1SMLV a cargo de cada una.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

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)*