TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 04

Audiencia número: 057

En Santiago de Cali, a los veinticuatro (24) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 107 del 21 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ADRIANA QUINTANA POLANCO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de la demandante al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita sea revocada la providencia impugnada y en su lugar se acceda a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y sea inaplicado el precedente de la Corte Suprema de Justicia que data del 2021, cuando la demanda fue presentada en enero de 2019, afirmando que la actora no tuvo más opción que acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, porque era el único sustento que tenía para su sobrevivencia.

La apoderada de COLPENSIONES, expresa que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda, en las excepciones propuestas y en los actos administrativos emitidos, razón por la cual solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia.

De otro lado, quien representa judicialmente a PORVENIR S.A. afirma que no se acreditó existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen pensional que hizo la actora, por lo tanto, ese acto jurídico es eficaz. Régimen en el que ha permanecido la demandante por mucho tiempo y siempre se le garantizó el derecho de retracto, habiéndose publicado en el diario El tiempo en enero de 2004, para quienes quisieran hacer uso de esa facultad legal.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 050

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, ordenándose a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, además el reconocimiento de la pensión de vejez desde su causación, con aplicación de los reajustes legales, retroactivo pensional y el pago de intereses moratorios.

En sustento de esas pretensiones manifiesta que estuvo afiliada al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde 13 de marzo de 1984, posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. en agosto de 2003, vinculación que se dio porque le ofrecieron mayores y mejores beneficios que los que ofrecía el ISS. Que el 18 de diciembre de 2018 a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por valor de $781.242 mensuales, pagaderos a partir del 05 de julio de 2018. Que el 01 de octubre de 2018 solicita ante PORVENIR S.A. la nulidad del traslado efectuado, siendo resuelta negativamente.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que el traslado del régimen pensional realizado por la demandante fue de manera voluntaria, por motivaciones correctas y conscientes, aunado al hecho de que se encuentra pensionada por PORVENIR S.A. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A, al dar respuesta a la acción, se opone a las pretensiones, argumentando que la decisión tomada por la actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o engaños, que la demandante nunca mostró inconformidad por ausencia de información, que a solicitud de la actora PORVENIR S.A. reconoce en su favor, pensión de vejez desde el año 2018, por lo cual nos encontramos frente a un derecho pensional ya adquirido y finalizado. En su defensa formula las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago - compensación y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, no accede a declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual que administra PORVENIR S.A. absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión el A quo, señaló que la actora firmó libremente la solicitud de afiliación al RAIS, indicando que la falta de información se entiende superada con la celebración de un nuevo acto jurídico correspondiente a la solicitud de la pensión, su reconocimiento y pago, para concluir que, en dicho caso, no es dable un nuevo traslado, situación diferente en un afiliado.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte actora, interpone el recurso de alzada persiguiendo revocatoria de la sentencia, toda vez que cuando la demandante solicitó la pensión de vejez, tenía la intención de iniciar su proceso de nulidad del traslado, pues era mucho mejor la pensión en COLPENSIONES y que solicitó esa prestación por necesidad, pues es el único sustento que la demandante y su esposo poseen, subsidiariamente solicita se condene a PORVENIR S.A. a reparar a la demandante indemnizándola por los perjuicios recibidos.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado efectuado por la actora, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando la promotora de esta acción goza de una pensión de vejez, además, se determinará si se puede modificar las pretensiones de la demanda cuando se interpone el recurso de alzada.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el ISS, desde el 13 de marzo de 1984 y su posterior traslado al régimen de ahorro individual, en agosto de 2003, con PORVENIR S.A. así lo deja ver la historia laboral obrante en el expediente digital.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *"debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus

beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse"* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es "la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado". Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor[1] o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).*

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

> *"Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió*

emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre…"

En el proceso en curso, omitió la administradora de pensiones del fondo privado acreditar que a la actora le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional.

Ahora bien, la ineficacia conlleva a que el estado de cosas, regrese a como se encontraban antes del traslado, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017; consecuencia sólo aplicable a quienes no se les ha reconocido el derecho pensional por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, consideración que la Sala fundamenta en lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 373, radicación 84475 del 10 de febrero de 2021, cuyo aparte es del siguiente tenor:

"…Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[2], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto."

[2] SL1688-2019, SL3464-2019

Descendiendo al caso en estudio, desde los supuestos fácticos enunciados en la demanda y aceptados en la contestación de la misma, la demandante goza de una pensión de vejez desde diciembre de 2018, derecho que ha reconocido PORVENIR S.A., y así consta, además, dentro de la documental que contiene el expediente digital. Por lo tanto, al haberse reconocido a la actora la pensión de vejez por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que no es posible revertir, lo que conllevará a no accederse a las súplicas de la demanda y confirmarse el proveído de primera instancia.

La otra controversia planteada tiene que ver con la solicitud que hace la parte actora dentro de los argumentos expuestos al formular el recurso de alzada, al reclamarle a PORVENIR S.A. la reparación, indemnizándola por los perjuicios recibidos. Pretensión que es nueva y que no hizo parte del petitum demandatorio, razón por la cual la Sala no puede pronunciarse, porque se vulneraría el debido proceso a la parte pasiva de la litis. Es de recordar que las peticiones se hacen en la demanda o en su reforma, etapas procesales que la apoderada de la parte actora omitió, no pudiéndose subsanar al formularse el recurso de alzada.

Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por las partes al formular el recurso de alzada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a cada entidad demandada.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia 107 del 21 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a cada entidad demandada.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (**https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali**) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: ADRIANA QUINTANA POLANCO
APODERADA: EILLEN XIOMARA ARANDA MARIN
Correo electrónico: abogados.pensiones.ap@gmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: PAOLA ANDREA MARTINEZ BARBOSA
Correo electrónico:
www.aja.net.co

DEMANDADO: PORVENIR S.A.
APODERADA: FEDERICO URDINOLA LENIS
Correo electrónico: orlincaicedo@hotmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 013-2019-00038-01