



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 27

Audiencia número 242

En Santiago de Cali, a los tres (03) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA 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 332 del 22 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARTHA LILIANA MORENO ALCIBAR contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Como quiera que en esta instancia no se decretaron pruebas, se emite a continuación, la siguiente



SENTENCIA No. 236

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, se ordene su regreso al régimen de prima media con sus correspondientes aportes de la cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados a COLPENSIONES.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la actora que nació el 31 de diciembre de 1961, que se afilió al ISS el 16 de enero de 1984 y permaneció hasta el 30 de mayo de 1996, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., momento en el cual no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía llegar a adquirir el derecho pensional por vejez.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la demanda, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, porque la demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, debiéndose acreditar por la parte actora el vicio del consentimiento o causal de nulidad. Formula las excepciones de fondo que denominó: innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. igualmente da respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, oponiéndose a las pretensiones, porque la demandante tomó la decisión informada y consciente de vincularse al RAIS, y en señal



de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado, manifestando pleno conocimiento y consentimiento de ese proceso. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva de la Litis. Declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de todas las afiliaciones que la actora haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES. Condena a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes que tiene la actora en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos.

Para arribar a esa conclusión la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales y que no había dentro del plenario sustento probatorio por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad convocada al proceso, porque a ésta le correspondía la prueba de acreditar que a la demandante le brindaron una asesoría acertada, clara y veraz que no lo indujera en error al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION



Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados que integran la parte pasiva de la Litis formulan el recurso de alzada bajo los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A. afirmando que si bien cada régimen pensional tiene aspectos favorables y desfavorables, el legislador faculta al afiliado para que escoja el régimen que más le convenga. Que esa entidad siempre ha capacitado a su personal para que brinde asesoría al afiliado y que para la data en que se vincula con ellos la actora, esa asesoría fue verbal, no habiéndose acreditado vicios del consentimiento, por el contrario, con la firma del formulario es una constancia de que la vinculación fue libre y espontánea, la que dada la permanencia de la actora en el RAIS, ratifica esa voluntad. Censura que no se haya declarado probada la excepción de prescripción no de la pensión sino de la oportunidad jurídica para accionar este tipo de procesos de conformidad con los artículos 1742 y 1750 del CC. COLPENSIONES, igualmente expresa la inconformidad con la decisión de primera instancia porque se declara la nulidad de la afiliación y se ordena a que se traslade a COLPENSIONES los rendimientos, faltando la orden de transferir los gastos de administración, porque fueron descuentos que se le realizaron a la demandante que deben ingresar al régimen de prima media.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, como es la de recibir el traslado de la actora, se concede la consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

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. De acuerdo a la respuesta, se definirá si es hay lugar ordenar que se transfiera a COLPENSIONES lo correspondiente rendimientos, gastos de administración y si es procedente declarar probada la excepción de prescripción de la acción.

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 por el ISS desde el 16 de enero de 1985 hasta el 23 de mayo de 1996, como se observa con la copia de la historia laboral que lleva PORVENIR (fl. 154 vto) Afiliándose a PORVENIR S.A. el 21 de mayo de 1996 (fl.117)

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que si le brindó asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

El 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)

Por su parte, el literal b) del artículo 13 de la misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado.



También, el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 permite los traslados entre régimen cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de que no puede existir traslado 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*”.



El 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. 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.

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte recurrente que con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte de la demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero 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...”

Correspondía a la entidad administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, llamada al proceso, acreditar que brindó a la demandante una completa y comprensible información al momento que éste decide cambiar de régimen pensional, deber procesal que incumplió, lo que llevará a tenderse la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Con respecto a la censura formulada por la parte recurrente, en cuanto no se ordenó transferir a COLPENSIONES, además, los gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:



“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones....”

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a modificarse la decisión de primera instancia, para que PORVENIR S.A. transfiera a COLPENSIONES los valores que corresponden a los gastos de administración, rendimientos, en atención al artículo 1746 del CC.

En cuanto a la inconformidad de no haberse declarado probada la excepción de prescripción, argumentando para tal fin que no está en riesgo el derecho pensional, sino la diferencia de la mesada. Debe la Sala aclarar que en el presente caso no se está reclamando la pensión, solo la nulidad y la Sala hace acopio de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, antes citada y que se pronuncia en torno al medio exceptivo de la prescripción, concluyendo:



“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno. Lo que conlleva a no atenderse los argumentos del recurrente y en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de no probada esta excepción

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la promotora de esta acción, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 332 del 22 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta y apelación, en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la señora MARTHA LILIANA MORENO ALCIBAR junto con sus respectivos rendimientos y gastos de administración, atendiendo el artículo 1746 del CC.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 332 del 22 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta y apelación.

TERCERO - COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la promotora de esta acción, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

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-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: MARTHA LILIANA MORENO ALCIBAR
APODERADO: YESENIA GUTIERREZ ERAZO
www.casacioneslaboralestabares.com.co

DEMANDADOS:
COLPENSIONES.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARTHA LILIANA MORENO ALCIBAR
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-012-2018-00610-01.

APODERADO: CARLOS STIVEN SILVA GONZALEZ
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO: JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ
www.porvenir.com.co
jagutierrez@porvenir.com.co

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

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
Rad. 012-2018-00610-01