



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 39

Audiencia número: 302

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de noviembre 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 grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 321 del 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARTHA EMMA MORALES BRITO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO N. 528

Reconocer personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal suplente de la firma Mejía y Asociados Abogados Especializados SAS, para actuar en nombre de COLPENSIONES

Igualmente, se acepta la sustitución del mandato reconociéndosele personería a la doctora ANGIE CAROLINA MUÑOZ SOLARTE, identificada



con la cédula de ciudadanía número 1.151.957.635, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 317.254 para que actúe en nombre y representación de COLPENSIONES de conformidad con el memorial poder allegado de manera virtual.

La anterior decisión se notificará con la sentencia que a continuación se emite.

ALEGATOS

La apoderada de COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión, argumentando que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria, como lo tiene previsto el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además que sólo se puede hacer el traslado cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Igualmente, quien representa a PORVENIR S.A., quien solicita se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento cuando la actora hizo el cambio de régimen pensional, ni hay causales de nulidad. Además, que esa entidad le garantizó a la promotora de este proceso el derecho de retracto, el que no hizo uso, sino por el contrario, ha permanecido en el régimen de ahorro individual por más de 19 años. Que en el hipotético caso de considerar que el negocio jurídico no se ha celebrado, impide la devolución de los rendimientos y gastos administrativos.

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

SENTENCIA No. 302

Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta, la ineficacia de la afiliación y/o traslado que hizo al régimen de ahorro individual con



solidaridad por medio de la administradora PORVENIR S.A. Que, en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A el traslado de la actora junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad a COLPENSIONES. Además, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida.

En sustento de esas pretensiones, argumenta la actora que nació el 07 de marzo de 1961. Que estuvo afiliada al ISS desde el 21 de octubre de 1994 hasta el 31 de mayo de 1999. Que para el 2001 recibió una visita y obsequios en su puesto de trabajo, por parte de funcionarios de PORVENIR S.A. quienes le ofrecieron maravillosas ventajas para que realizara su traslado a dicho fondo de pensiones, argumentándole que se pensionaría anticipadamente con mejores condiciones, porque la mesada sería más alta y a menor edad, además, que el Seguro Social se iba a quebrar y al desaparecer perdería todas la cotizaciones y bono pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, porque la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales existentes es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello esa entidad no está obliga a realizar el traslado. Plantea las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. fue notificada a través de Curador Ad Litem, se hicieron las publicaciones ordenadas por el juzgado, quien, al dar respuesta, manifiesta atenerse a lo que resulte probado.

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. Declara la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. Ordena a COLPENSIONES a aceptar el regreso de la actora al régimen de prima media con prestación definida. Ordena a PORVENIR S.A. para que, una vez ejecutoriada la sentencia, realice el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES.

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.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Las partes no manifestaron inconformidad con la decisión de primera instancia y como quiera que la providencia de fondo es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se surte el grado jurisdiccional de 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, y de acuerdo a la respuesta se determinará que sumas se debe transferir la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad



a la que se encuentra afiliada la actora a la administradora del régimen de prima media.

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 con quien cotizó desde el 21 de octubre de 1994 al 4 de enero de 1999, además, laboró para el Departamento del Valle del Cauca del 01 de febrero de 1980 al 30 de diciembre de 1990, como se observa en la documental allegada a folios 28 y 40. Igualmente, hace parte del material probatorio la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. (fl. 42), acreditándose las cotizaciones que ante ese régimen de ahorro individual empezó a realizar la demandante a partir del mes de julio de 2001

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”*.

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.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, 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...”



En el proceso en curso, omitió el deber proceso de 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, lo que conlleva a tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta de la demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.

Observa la Sala que ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se hace necesario modificar el proveído de primera instancia, para incluir dentro de los valores a transferir por parte de PORVENIR S.A. las sumas que corresponde a gastos de administración, porque si bien esta Sala en anterior pronunciamientos había considerado 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)

Al declararse la nulidad o ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, deja sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, reiterándose que corresponde a la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, razón por la cual, se modificará la providencia de primera instancia, ordenándose a PORVENIR S.A. a transferir además los dineros que corresponden a gastos de administración.

Bajo las anteriores consideraciones, se mantendrá la decisión de primera instancia, habiéndose dado respuesta a los alegatos de conclusión presentado por las partes.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado porque el proceso llegó a esta Corporación para surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

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 cuarto de la sentencia número 321 del 13 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta, el cual quedará así:

ORDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. una vez ejecutoriada esta providencia a realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual, de la señora MARTHA EMMA MORALES BRITO, incluido rendimientos, bonos pensionales si los hubiere recibido, gastos de administración, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 321 del 13 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia

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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARTHA EMMA MORALES BRITO
VS. COLPENSIONES, PORVENIR S.A
RAD. 76001-31-05-016-2019-00351-01.

DEMANDANTE: MARTHA EMMA MORALES BRITO
APODERADA: LINDA YULIANA PASQUEL RAMIREZ
Lindapsq20@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA
secretariageneral@mejiasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
CURADOR AD LITEM. LORENA ROSERO
www.porvenir.com.co

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

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada

Con ausencia justificada

Rad. 016-2018-00351-01