



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 332

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre 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, HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO 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 30 del 31 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por RICARDO ANTONIO BASTIDAS DELGADO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 571

Reconocer personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 285.258 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como representante legal suplente de la firma MEJIA



Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A. para que actúe en representación de COLPENSIONES.

Igualmente, se acepta la sustitución del poder que hace a la abogada ALAEJANDRA MURILLO CLAROS, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.076.582, con tarjeta profesional número 302.293 del Consejo Superior de la Judicatura para que actúe como mandataria judicial de COLPENSIONES de acuerdo con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión queda notificada con la sentencia que a continuación se emitirá.

ALEGATOS

La apoderada del demandante, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que el demandante no recibió una verdadera asesoría, real, eficaz, oportuna y técnica, que si bien, firmó la solicitud de afiliación y traslado, no por ello se debe desestimar las pretensiones de la acción.

La apoderada de COLPENSIONES, afirma que la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual fue libre y voluntaria y no puede ahora pretender el traslado al régimen de prima media porque le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, limitante establecida en la ley; además que la permanencia por tantos años en el RAIS es evidencia de la voluntad del actor de permanecer en ese régimen, que la falta de hacer una proyección pensional no es prueba que permita concluir que existió vicios del consentimiento. Que, en el evento de confirmarse la decisión de primera instancia, se ordene a la administradora del régimen de ahorro individual a la que se encuentra afiliada el actor a devolver a COLPENSIONES todas las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y



gastos de administración, debidamente indexados y que corresponden a todo el tiempo de permanencia del demandante en ese régimen.

El apoderado de PORVENIR, manifiesta que no le asiste razón al fallador de primera instancia, porque no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento al momento de hacerse el cambio de régimen pensional, además no se probó alguna causal prevista en el artículo 1746 del C.C. por ello el acto jurídico de vinculación es eficaz. Que si bien, lo que se pretende es declarar la ineficacia, para que ésta prospere al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es necesario que de acrediten que existieron actos que impidieron la afiliación, es decir, se debió probar conductas dolosas por parte de la administradora del régimen de ahorro individual. Omisión que conlleva a que se desatiendan las pretensiones de la demanda. Igualmente, censura la orden de transferir los gastos de administración, porque de acuerdo con el concepto de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera, en los eventos de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos financieros porque los gastos de administración no pertenecen a los afiliados.

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

SENTENCIA No. 329

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la afiliación a PORVENIR S.A., fondo donde actualmente cotiza. Que como consecuencia de la nulidad, se ordena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor del bono pensional que le fue entregado cuando el demandante se afilió a dicho fondo con toda la valorización que ha tenido durante estos años, cuotas de administración y trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados en el régimen de ahorro individual, con frutos e intereses.



En sustento de esas pretensiones, anuncia el demandante que nació el 23 de febrero de 1955. Que inició su vida laboral en abril de 1983, en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, realizando cotizaciones directamente a esa entidad. Que con la vigencia de la Ley 100 de 1993 empezó a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES hasta agosto de 1998, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A. que cuando le ofrecieron la afiliación con ese fondo, sin dar explicaciones, ni información más de que la que contenía el formulario.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, porque al momento en que el actor hizo el traslado de régimen pensional, la llamada al proceso no había entrado en operación, pero que de la documental allegada se evidencia que el antiguo Instituto de Seguros Sociales nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó al actor. Debe la parte actora probar la nulidad de la afiliación y los vicios del consentimiento que mediaron para ello. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe e imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido e innominada.

PORVENIR S.A. Se opone a las pretensiones, en la medida que la afiliación de la actora fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como se puede ver en el formulario. Además, se le garantizó el derecho de retracto, el que no hizo uso. Que no es dable desde ningún punto de vista que se declare la nulidad de la afiliación, máxime que el actor está inmerso en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Plantea las



excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la 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. Declara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el actor con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realizado el 01 de febrero de 1996. Y posterior traslado a PROTECCION S.A. En consecuencia, declara que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordena a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, como también devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante.

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 de instancia, la apoderada de PORVENIR S.A formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia de primera instancia, porque para declarar la ineficacia de la afiliación, el demandante debió acreditar una conducta dolosa por parte de la administradora del régimen de ahorro individual. En relación con el deber de información, se debe tener en cuenta que la escogencia de cualquier régimen pensional es libre por parte del afiliado y ese consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario, además con la permanencia del actor al RAIS, donde después de muchos años viene a manifestar que se siente engañado. Censura los efectos que la A quo dio a la ineficacia como es la de trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos y bonos pensionales, cuanto éstos últimos no se han recibido. Igualmente, no se pudo ordenar transferir los gastos de administración porque este es un porcentaje que se descuenta para la administración de la cuenta de ahorros y no hace parte del valor de la mesada pensional a reconocerse, el ordenarse la devolución de éstos genera un enriquecimiento ilícito.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia 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 el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con la respuesta a ese interrogante y de ser afirmativa ésta, se definirá si procede la orden de transferir al régimen de



prima media con prestación definida lo correspondiente por gastos de administración.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 25 de abril de 1983 al 30 de junio de 1998, como se lee en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. y que milita a folios 17. Igualmente, se encuentra acreditado el hecho de la vinculación del actor a PORVENIR S.A. el 26 de agosto de 1998 (fl. 15)

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor 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*”.

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 el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntario, por parte del actor 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 al demandante 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 del 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.

Con respecto a la censura formulada por la parte pasiva, en cuanto la A quo ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver además, las sumas que corresponde a 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 mantenerse la decisión de primera instancia, sin que hubiese logrado los alegatos de conclusión formulados por la parte pasiva, modificar la providencia impugnada.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
RICARDO ANTONIO BASTIDAS DELGADO
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-001-2019-00064-01

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 número 30 del 31 de enero de 2020, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el 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: RICARDO ANTONIO BASTIDAS DELGADO
APODERADA : SANDRA RAMIREZ PRETEL
emilscatur@hotmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: PAULA ANDREA GONZALEZ
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADA. ASTRID VERONICA VIDAL
abogados@lopezasociados.net



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
RICARDO ANTONIO BASTIDAS DELGADO
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-001-2019-00064-01

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

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

Magistrado

Con ausencia justificada

Rad. 001-2019-00064-01