



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 336

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 04 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por LUZ MARINA MONTES DE GARCIA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 575

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 GLORIA MAGDALY CANO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.130.671.842, con tarjeta profesional número 224.117 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 de COLPENSIONES manifiesta que de conformidad con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes, es libre y voluntaria por parte del afiliado, por ello está en cabeza del afiliado elegir el régimen pensional y la suscripción del formulario, constituye prueba de la voluntad del afiliado. Además, debe recordarse que el traslado de régimen pensional no puede hacerse en cualquier tiempo, porque está prohibido hacer traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho, que es el caso que nos ocupa.

El apoderado de PORVENIR S.A. Afirma 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.

Igualmente, el apoderado del demandante, formuló alegatos, argumentando que se debe confirmar la providencia de primera instancia, porque dentro del acervo probatorio, se observa la ausencia del cumplimiento de los deberes y obligaciones por parte de la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, toda vez que debió acreditar que a la demandante le brindó una información completa, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones pensionales. Considera que las pretensiones de la demanda deben atenderse y que a éstas no le afecta el fenómeno de la prescripción.

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

SENTENCIA No. 333

Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta que hizo del régimen de prima media con prestación definida efectuado a PORVENIR S.A., el cual estuvo mediado de error. Como consecuencia, de la declaratoria de nulidad, se ordene el retorno de la demandante a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. Que se ordene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes junto con los rendimientos a COLPENSIONES y asuma las diferencias derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes.



En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 04 de junio de 1958, que inicia su vinculación laboral el 01 de mayo de 1995. Que se trasladó a PORVENIR, y dentro del proceso de afiliación la demandante fue abordada por un funcionario de PORVENIR S.A quien le ofreció ventajas con el traslado de régimen pensional, entre otras, rendimientos financieros superiores, insostenibilidad y posible quiebra del fondo de pensiones gubernamental, préstamos a tasa preferenciales para compra de vehículo y vivienda, pero no se le explicó las condiciones del traslado ni se le hizo proyección pensional para identificar las ventajas.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, porque el traslado de régimen pensional que hizo la actora se encuentra ajustado a derecho, dado que la prueba documental allegada por la parte actora se evidencia que ésta libre suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. Formula las excepciones de fondo que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Intervino la Agente del Ministerio Público, afirmando que las administradoras del fondo de pensiones tienen responsabilidad profesional con sus afiliados y entre sus múltiples deberes esta el de la información, que comprende desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Carga probatoria que está en cabeza de la administradora de pensiones llamada al proceso.

PORVENIR S.A. Igualmente se opone a las pretensiones, porque la demandante se trasladó voluntariamente el 10 de agosto de 1994 al régimen de ahorro individual, ratificando esa voluntad con la permanencia



que se ha dado por todos estos años. Además, no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Planteó las excepciones de fondo 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, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad, en este caso administrado por PORVENIR S.A. el cual tuvo lugar el 01 de septiembre de 1999. Impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la afiliada. Ordena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo cotizado por la 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 instancia, formuló el recurso de alzada, PORVENIR S.A. persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada y para ello se argumentó que cada régimen tiene sus propias



características, teniendo aspectos favorables y desfavorables. Además, al actor se le brindó la información de acuerdo con las directrices que contenía las normas vigentes a la data en que la actora efectuó el traslado, que era verbal, por ello la afiliación para que resultara válido sólo era necesario el diligenciamiento del formulario de manera libre y espontánea, como aconteció en el caso en estudio, sin que se hubiese engañado a la actora, el que lleva en el RAIS más de 23 años.

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 la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 Instituto de Seguros Sociales, desde el 19 de mayo de 1995 al 07 de agosto de 1999, como se observa en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A (fl.12). Igualmente, se aportaron los formularios de vinculación a PORVENIR S.A. fechada el 30 de julio de 1999 (fl. 140)



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”*.

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.

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 mantendrá la providencia de primera instancia.

Observa la Sala que la A quo omitió ordenar 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 adicionarse la sentencia de primera instancia, ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

De conformidad con las anteriores consideraciones, se ha realizado el análisis de los argumentos formulados por las partes en los alegatos de conclusión allegados a esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el 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: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia número 30 del 04 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: ORDENAR a las ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES lo correspondiente por aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, por el tiempo en que la señora LUZ MARINA MONTES DE GARCIA permaneció en el régimen de ahorro individual, sumas que se indexarán al momento de ser transferidas a la administradora del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 30 del 04 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la promotora 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUZ MARINA MONTES DE GARCIA
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD.76001-31-05-006-2018-00324-01

DEMANDANTE: LUZ MARINA MONTES DE GARCIA
APODERADO : CARLOS ANDRES ORTIZ RIVERA

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: ANGELA ROCIO CUELLAR NARIÑO

secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO. JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ
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

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado

Con ausencia justificada
Rad, 006-2018-00324-01