



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

Acta número: 43

Audiencia número: 337

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 003 del 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por JULIA ELENA MORALES VALDERRAMA contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

AUTO NUMERO 578

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 al abogado ABRAHAM FELIPE CIFUENTES HERNANDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.144.164.887, con tarjeta profesional número 308.279 del Consejo Superior de la Judicatura para que actúe como mandatario 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

El apoderado de COLPENSIONES, expresa que no es procedente la nulidad del traslado debido a que las administradoras de pensiones son compañías de reconocida trayectoria en el ámbito nacional que cumple con los estándares de calidad en los servicios, brindando información oportuna y veraz. Que debe tenerse en cuenta que la ley no permite hacer traslados de régimen pensional cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir la pensión, como el caso que nos ocupa y que el acto que realizó la demandante al momento del traslado de régimen fue libre y voluntario, cumpliendo con los requisitos legales, estando en cabeza de la actora la carga de la prueba que lleve a obtener la nulidad o ineficacia pretendida.

La mandataria judicial de COLFONDOS S.A. afirma que la acción se ha fundamentado en el convencimiento errado de la demandante de creer que, al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual, fue inducida en error o hubo indebida asesoría para afiliarse a COLFONDOS, cuando esa



entidad ha cumplido con las formalidades y fruto de ello es el resultado de la voluntad y libre y espontánea de la actora al momento de afiliarse. Reitera la inconformidad con la orden dada de transferir lo que corresponde a gastos de administración, porque éstos son una comisión que cobran las administradoras de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro, gastos de administración que se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993.

Igualmente, el apoderado de la demandante, presentó alegatos de conclusión, aduciendo que de acuerdo con varios precedentes jurisprudenciales, emitidos desde el año 2008, se ha podido concluir que las administradoras de pensiones, en la década de los 90, con el afán de conseguir afiliados, entre ellas a la promotora de esta acción, omitieron información relevante, sobre las características de los dos regímenes pensionales, lo que conlleva a que la actora no pueda obtener una pensión digna y acorde con las cotizaciones, dado que el valor de la mesada pensional en cada uno de los regímenes pensionales es diferente, Bajo esos argumentos solicita se confirme la decisión de primera instancia.

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

SENTENCIA No. 334

Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta del contrato a través del cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, administrado por COLFONDOS S.A. Que se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora y a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos que posee la actora en la cuenta individual, incluyendo cuotas de administración.



En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 25 de febrero de 1964 y empezó a cotizar al sistema pensional ante el Instituto de Seguros Sociales desde el mes de junio de 1984 hasta diciembre de 2001. Que, a inicios del año 2002, fue abordada por asesores de COLFONDOS S.A. para que cambiara de régimen pensional, pero sin brindarle una información clara, precisa y completa sobre las implicaciones del traslado a la hora de pensionarse, bajo la presión del que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y en ese orden la pensión estaba incierta.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, afirmando que esa entidad no es la competente para declarar la nulidad de la afiliación y traslado de los aportes por vicios del consentimiento, porque es un acto o contrato en el que COLPENSIONES no participó y que se entiende que la demandante actuó de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección del régimen pensional. Además, el pretender el traslado de régimen es extemporáneo al tenor del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

COLFONDO S.A. igualmente se opone a las pretensiones, porque a la demandante se le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones que conllevaba el cambio de régimen pensional, se le recordó a cerca de las características del régimen pensional, su funcionamiento, las diferencias de cada régimen pensional, por lo tanto, no existió omisión de información. Plantea las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencias de vicios del



consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara la nulidad de la afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y en consecuencia, se genera el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. Condena a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados, gastos de administración y comisiones, conforme a las previsiones del literal f) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994. Ordena a COLPENSIONES a que reciba las sumas provenientes del fondo de pensiones COLFONDOS S.A. para financiar la prestación económica en el régimen de prima media con prestación definida.

Para arribar a esa conclusión el 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

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLFONDOS S.A. solicita sea revocado el numeral 2º de la sentencia, en la cual se condena a esa entidad a la devolución de comisiones y gastos de administración, durante el tiempo en que estuvo afiliada la demandante ante esta administradora. Argumenta que estas comisiones son aquellas que



sirven para administrar los aportes que ingresan a la cuenta individual de los afiliados, los que se encuentran amparados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que operan para los dos regímenes pensionales, los cuales sirven para cubrir el seguro provisional a la compañía de seguros. Indica que estas comisiones durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante se causaron, toda vez que Colfondos es una entidad financiera experta en inversión de propiedad de sus afiliados, y que, adicionalmente, dicha gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que se han generado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Expone que en este caso se declaró la nulidad de la afiliación, y si es confirmada por el superior, lo procedente es ordenar únicamente la devolución de lo que existe en la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros, que han sido generados por una buena gestión de la administradora de pensiones, pero que no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión, toda vez que son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta individual de la demandante y estos son autorizados por la ley como contra prestación de una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Igualmente solicita que se la absuelva de costas.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la condena en costas, toda vez que esa entidad no tuvo nada que ver con el traslado del régimen de la promotora de la demanda.

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 y de acuerdo a la respuesta, se definirá si es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración y por último se definirá si hay lugar a imponer costas procesales.

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 20 de junio de 1984 al 31 de agosto de 2001, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES aportada a folios 26. Igualmente, se aportaron los formularios de vinculación a COLFONDOS el 25 de noviembre de 2001 (fl.57)

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.

Censuran la parte demandada, que se haya ordenado la transferencia de los dineros que corresponden a gastos de administración. Cabe aclarar que si bien esta Sala en anteriores 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 mantendrá la providencia de primera instancia.



Ahora, con relación a la condena en costas, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...”*.

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que las entidades demandadas fueron vencidas en el proceso, por lo que no resulta viable acceder a la exoneración de costas.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS 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: CONFIRMAR la sentencia número 03 del 23 de enero de 2020, emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JULIA ELENA MORALES VALDERRAMA
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-011-2018-00653-01

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: JULIA ELENA MORALES VALDERRAMA
APODERADO : JHON EDWAR TOBAR
jhone_tovar@hotmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: DIEGO FERNANDO CAICEDO TROCHES
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADA. DILMA LINETH PATIÑO IPUS
linethpatino@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

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado

Con ausencia justificada
Rad. 011-2018-00653-01