



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

Acta número: 43

Audiencia número: 323

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 380 del 29 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por NELLY SEGURA SAENZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

ALEGATOS



Dentro de la oportunidad legal, los apoderados de las partes formularon alegatos de conclusión, bajo los siguientes argumentos:

El apoderado de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. expresa que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad del cambio de régimen pensional, porque no se acreditó que la demandante fuera una persona con incapacidad absoluta o que faltara algún requisito formal para su validez. Además, el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Asegura, que a la demandante siempre se le garantizó el derecho al retracto del que no hizo uso y por último, considera que la acción de nulidad está prescrita.

Por su parte la mandataria judicial de COLPENSIONES, manifiesta que esa entidad no tiene incidencia en el traslado de régimen pensional que hizo la actora, además, que de acuerdo con la prueba documental que obra en el plenario, se observa que el traslado se hizo mediante la suscripción del formulario de afiliación, por lo tanto, goza de plena validez. Señala que se debe precisar que no es procedente el traslado al régimen de prima media con prestación definida, porque la actora está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, así lo ha establecido el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

El apoderado de la demandante, asegura que a la señora NELLY SEGURA jamás se le informó por parte de las entidades administradoras de fondo de pensiones, sobre las modalidades pensionales, sus diferencias, la posibilidad del retracto y así retornar al régimen de prima media con prestación definida. Que si bien, la actora firmó el formulario de afiliación, pero es requisito indispensable que su diligenciamiento sea de manera consciente, libre y no esté afectado por vicios del consentimiento, por ello, el afiliado debe conocer los pro y contra de realizar el cambio de régimen



pensional, habiendo omitido las entidades llamadas al proceso de acreditar que le brindaron a la demandante la información necesaria, lo que conlleva a que la decisión de primera instancia debe ser confirmada.

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

SENTENCIA No. 320

Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo al régimen de ahorro individual, con la administradora PORVENIR S.A. y el posterior traslado que hizo a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el retorno a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. Ordenándose a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes junto con el bono pensional y rendimientos.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 21 de mayo de 1964. Que inició su vinculación laboral en enero de 1985, haciendo cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales. Que estando en su puesto de trabajo, fue abordada por un funcionario de PORVENIR S.A. ofreciéndole las ventajas obtenidas al realizar el traslado de pensión a los fondos privados, entre ellos, rendimientos financieros superiores, insostenibilidad y posible quiebra del fondo de pensiones gubernamental, préstamos a tasas preferenciales para compra de vehículo y vivienda. Que, al trasladarse, se emite el bono pensional por valor de \$10.943.000.

Que posteriormente la actora, para el año 2004 se traslada a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS, informándole que ese fondo era mejor, pero tampoco se le explicó las condiciones del traslado, ni se le realizó una proyección pensional para identificar las ventajas.



TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, porque las entidades de seguridad social siempre suministran toda la información y asesoría completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados y ciudadanía en general conozcan los productos y servicios prestados por las administradoras. Que la demandante con sus propios actos demostró que de manera libre y voluntaria, realizó el traslado de régimen pensional, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aceptando la actora todas las condiciones propias del régimen de ahorro individual. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal y prescripción de las acciones.

La sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. igualmente se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación que hizo la actora a esa entidad, fue un acto libre y voluntario, donde ella nunca ha expuesto su deseo de retractarse, por ello se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual. Plantea las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe de la entidad demandada, inexistencia de perjuicios, compensación y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. atendiendo el llamado al proceso, se opone al petitum demandatorio, por cuanto constituye un acto de ratificación de pertenecer al régimen de ahorro individual por más de 20 años aproximadamente, no



pudiéndose anular la afiliación porque la actora actualmente se encuentra vinculada a través de la administradora de fondo de pensiones OLD MUTUAL. Que en el año 1994 cuando la demandante se afilia a PORVENIR S.A. lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría integral y completa respecto a las implicaciones de su decisión, lo que consta con la firma impuesta en la casilla del formulario. Formula las excepciones de mérito que denominó: hecho exclusivo de un tercero, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a esa entidad, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la ineficacia de la solicitud de afiliación de la demandante que hizo en un principio a PORVENIR S.A. el 29 de septiembre de 1994, como también su traslado el 01 de octubre de 2004 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Condena a la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus rendimientos. Ordena a COLPENSIONES a recibir de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. los recursos de la cuenta de ahorro individual de la promotora de esta acción, contabilizándolos como semanas cotizadas, sin solución de continuidad.

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

Inconforme con la decisión de primera instancia, la administradora OLD MUTUAL PENSION Y CESANTIAS S.A. formula el recurso de alzada, pretendiendo la revocatoria de la providencia impugnada, argumentado que se le brindó asesoría por los funcionarios de su representada, donde se expusieron las particularidades y limitaciones propias de cada régimen para que la interesada escogiera libremente el régimen que le resultara más beneficioso y fue su deseo el que se materializó al suscribir el formulario de afiliación, que el hecho que la demandante no se hubiese retractado, no obedeció a una decisión arbitraria de su representada, sino a la falta de manifestación de la actora de regresar a COLPENSIONES, lo que se ratificó con su permanencia durante todos estos años. Aduce que la entidad demandada como todos los fondos de pensiones realizó publicaciones ante los diarios de amplia circulación nacional a través de la cual se le informó a sus afiliados la oportunidad de traslado de régimen. Censura la condena en costas porque siempre ha actuado de buena fe y conforme a la ley.

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. Igualmente, se determinará si es o no procedente la condena en costas impuestas a la entidad recurrente.

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 29 de enero de 1985 al 31 de octubre de 1995, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES (fl. 27). Igualmente, se aportaron los formularios de vinculación a PORVENIR S.A. fechado el 29 de septiembre de 1994 (fl. 230), para el 01 de octubre de 2004 se afilia a SKANDIA hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (fl 180)

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, teniéndose en cuenta los argumentos de alzada que limitan la apelación y los alegatos de conclusión presentados por las partes.

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 administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad fueron vencidas en el proceso, por lo que resulta viable condenarlas en costas de acuerdo con la norma antes citada.

COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS 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,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
NELLY SEGURA SAENZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76001-31-05-013-2018-00504-01

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 380 del 29 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS 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.

DEMANDANTE: NELLY SEGURA SEANZ
APODERADO: JULIAN ANDRES MEJIA RENDON
julian2911@hotmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: GLORIA GUTIERREZ PRADO
xxx.aja.net.co

PORVENIR S.A.
APODERADO. CARLOS ANDRES HERNANDEZ ESCOBAR
www.porvenir.com

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
APODERADA: LUCERO FERNANDEZ HURTADO
ifarana@une.net.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
NELLY SEGURA SAENZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76001-31-05-013-2018-00504-01

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.013-2018-00504-01