



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

Acta número: 43

Audiencia número: 334

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 11 del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ADIELA MURIEL SILVA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO. 579

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 WENDY VIVIANA GONZALEZ MENESES, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.113.666.182, con tarjeta profesional número 309.671 el 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 considera que es desacertada la sentencia de primera instancia atendiendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual por su propia decisión, como lo demuestra la firma del formulario de afiliación, sin que se hubiese demostrado vicios del consentimiento o que se la hubiera asaltado en la buena fe; en consecuencia, la afiliación se encuentra vigente y acorde con la ley. Que en caso de confirmarse el proveído de primer grado se ordene transfiera a COLPENSIONES lo correspondiente a gastos de administración.

Por su parte, la mandataria judicial de PORVENIR S.A. expone que no se vulnera ningún derecho a la demandante por la información que se le brindó a la actora, toda vez que ésta cumplió las exigencias normativas que regían para la época del traslado, información que fue clara, veraz, oportuna sobre las características y consecuencias de la afiliación al RAIS y por ello suscribió el formulario de afiliación, sin que se hubiese presentado vicios del consentimiento. Además, la actora ha realizado traslados de administradora



de pensiones dentro del régimen de ahorro individual. Considera que la acción de nulidad está prescrita.

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

SENTENCIA No. 331

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. Que se ordene regresar a la actora al régimen de prima media con prestación definida, con sus correspondientes aportes de la cuenta de ahorro individual y rendimientos debidamente indexados que deben ser transferidos a COLPENSIONES.

En sustento de esas pretensiones aduce la actora que nació el 12 de diciembre de 1957, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde mayo de 1976 hasta enero de 1998 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual., afirmando que al momento de hacer la afiliación con PORVENIR S.A. no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía llegar a adquirir la pensión de vejez, por cuanto no se le informó sobre el monto de la pensión, no se le expuso las ventajas y desventajas de permanecer en el RAIS.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Intervino en el proceso la Agente del Ministerio Público, quien al dar respuesta a la demanda, manifestando que las administradoras de los fondos de pensiones tiene responsabilidad profesional con sus afiliados



entre sus múltiples deberes el de información, el que debe comprender todas las etapas de proceso desde la antesala a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, por consiguiente PORVENIR S.A tiene la carga probatoria de acreditar que el traslado de la actora se hizo con el cumplimiento del deber de información con transparencia, en forma completa y comprensible.

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, afirmando que el traslado de régimen pensional solicitado por la actora fue legal y voluntario. Además, que no se puede atender las pretensiones porque la actora está a menos de 10 años para pensionarse. Plantea las excepciones de mérito que denomina: innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia del derecho, prescripción y compensación.

PORVENIR S.A. Igualmente se opone a las pretensiones, porque la afiliación de la demandante tiene plena validez, toda vez que no se ha configurado un vicio del consentimiento, dado que la actora de forma autónoma y mediando su consentimiento, suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haberse signado el documento de forma libre y voluntaria con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y que resulta extraño que casi 20 años después de haberse trasladado al RAIS aduzca falta de información. Formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

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 nulidad del traslado de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A. realizado en el mes de abril de 1998. Ordena el traslado de todo el capital de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, con los rendimientos y bono pensional. Ordena a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al 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

inconforme con la decisión de primera instancia, se formula el recurso de alzada por parte de PORVENIR S.A. persiguiendo la revocatoria de la providencia de primera instancia y para lograr tal cometido, afirma que el argumento de primera instancia en cuanto al deber de información, indicando que esa entidad le brindó a la actora la asesoría de acuerdo a la normatividad que regía al momento de darse el traslado de régimen pensional, que fue de carácter verbal. Porque sólo con normatividad posterior, esto es, desde el 2010, obliga a una asesoría escrita, pero la actora se trasladó en 1998 en ese momento no existía la obligación de hacer una proyección pensional. Considera que la actora también tenía el deber de informarse por cualquier otro medio. Además, expresa la inconformidad con la declaratoria de no probada la excepción de prescripción, no sobre el derecho pensional, sino sobre la acción de nulidad.



Igualmente solicita COLPENSIONES la revocatoria de la sentencia, aduciendo que esa entidad ha actuado 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.

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, desde el 05 de julio de 1976 al 01 de noviembre de 1997, como se observa en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A (fl. 15). Igualmente, se aportaron los formularios de vinculación a PORVENIR S.A. el 01 de noviembre de 2011 (fl. 200).

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.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará cada una de las entidades antes citadas a la demandante.

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 segundo de la sentencia número 29 del 21 de enero de 2020, emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: DECLARAR la nulidad del traslado de la señora ADIELA MURIEL SILVA identificada con la cédula de ciudadanía número 31.289.517 al régimen de ahorro individual administrado por



PORVENIR S.A. en el mes de abril de 1998, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia, esto es el traslado de todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos financieros, los bonos pensionales, si hubo lugar al pago de éstos y los gastos de administración.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 29 del 21 de enero de 2020, emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará cada una de las entidades antes citadas a la demandante.

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: ADIELA MURIEL SILVA
APODERADO : EDGAR EDUARDO TABARES VEGA
asesoriastabares@hotmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: JUAN DIEGO ARCILA

secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADA. GABRIELA RESTREPO
jagutierrez@porvenir.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ADIELA MURIEL SILVA
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-014-2018-00143-01

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.014-2018-00143-01