



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 320

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 379 del 15 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por EDGAR EMILIANO CASALLAS SUAREZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 580

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

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

La apoderada de COLPENSIONES, considera que es desacertada la sentencia de primera instancia atendiendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado 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 lo 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.

Al formular alegatos la apoderada de PORVENIR S.A. afirma que no se vulnera ningún derecho al demandante por la información que se le brindó al actor, 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. Considera que la acción de nulidad está prescrita.

Igualmente, presentó alegatos de conclusión la apoderada del demandante, solicitando la confirmación de la providencia de primera instancia, porque la demandante no recibió una información clara, completa y detallada al momento de la afiliación que le permitiera conocer las ventajas, desventajas y características de cada régimen pensional

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

SENTENCIA No. 317

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. ya que existió un vicio del consentimiento al no haber recibido una asesoría integral por parte de los funcionarios de la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., que se ordene a ese fondo a hacer todos los trámites para que la actora retorne al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES y se traslade a esa entidad todos los valores de la cuenta de ahorro individual.

En sustento de esas pretensiones, anuncia el demandante que nació el 17 de abril de 1957, que empezó a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales en julio de 1984 hasta el mes de abril de 2001, por cuanto en el mes de mayo de esa anualidad se trasladó de régimen pensional, administrado por PORVENIR S.A. motivado por los beneficios ofrecidos por esa entidad.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, porque se debe demostrar dentro del plenario que existió vicios del consentimiento y que el traslado que se generó tenía falencias insubsanables que le permitieron realizarse en debida forma. Plantea las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación e imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios.

PORVENIR S.A. Igualmente se opone a las pretensiones, porque el demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejo constancia expresa de la libre escogencia, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual, de manera que no puede ahora aducir válidamente que no conocía el tema por falta de asesoría o información. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones labores de tracto sucesivo, 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 ineficacia de la afiliación del traslado del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. realizado en el mes de mayo de 2001. En consecuencia, declara que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, trasladando todo el capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado, con los rendimientos,



gastos de administración y bono pensional si lo hubiere. Ordena a COLPENSIONES a aceptar el traslado del actor 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, quien representa a PORVENIR S.A. formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia de primera instancia, solicitando que se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas y se revoque la sentencia de primera instancia. Para ello argumenta que en el presente proceso se demostró el deber de información que era exigido en la época en que se realizó la afiliación, esto es, en el año 2001, y que para la misma, no existía la obligación de dejar constancia por escrito de cual fue exactamente la asesoría que se le brindó al libelista, porque en el interrogatorio rendido por el demandante, señala que conoció de que podía pensionarse de manera anticipada en el régimen de ahorro individual, siempre y cuando exista un saldo que le permitiera pensionarse. Que ha sido el actor quien de manera libre decidió trasladarse del Instituto de Seguros Sociales a HORIZONTES hoy PORVENIR SA, no se demostró vicios del consentimiento en los términos del artículo 1508 del Código Civil, ni hubo error. Se opone a las costas y agencias en derecho impuestas, toda vez que PORVENIR S.A cumplió con las obligaciones que le eran exigibles



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y si es procedente condenar en costas a la parte recurrente.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el Instituto de Seguros Sociales, desde el 03 de julio de 1984 hasta el 31 de mayo de 2001, como se lee en la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. y que milita a folios 118 vto. Igualmente, se encuentra acreditado el hecho de la vinculación del actor a HORIZONTES S.A., a partir del 25 de mayo de 2001 (fl. 103)

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que si le brindó asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

El Sistema de seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima



Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93)

Por su parte, el literal b) del artículo 13 de la misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado.

También, el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 permite los traslados entre régimen cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de que no puede existir traslado cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.



Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar “*debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas*”.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que “*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse*” que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.



Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntario, por parte del actor que impiden la nulidad



solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

En el proceso en curso, omitió el deber proceso de acreditar que al demandante le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.



Al declararse la nulidad o ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del 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 del actor, 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 administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad fueron vencidas en el proceso, por lo que no resulta viable la exoneración que pretende la parte recurrente.

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

DECISIÓN

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
EDGAR EMILIANO CASALLAS SUAREZ
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76001-31-05-014-2018-00313-01.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 379 del 15 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

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: EDGAR EMILIANO CASALLAS SUAREZ
APODERADA: CLAUDIA JULIET CASTRO PERDOMO
arejuridica@aissltda.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO. JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ
jagutierrez@porvenir.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
EDGAR EMILIANO CASALLAS SUAREZ
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RAD. 76001-31-05-014-2018-00313-01.

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. 014-2018-00313-01