



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 340

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 41 del 06 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARIA TERESA RESTREPO STERLING contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 602

Reconocer personería al doctor SANTIAGO MUÑOZ MEDINA, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.915.453, abogado con tarjeta profesional número 150.960, actuando como representante legal suplente de la sociedad Muñoz Medina Abogados S.A. para que actué como apoderado de COLPENSIONES.



Igualmente, se acepta la sustitución del poder a ESTHEFANIA ROJAS CASTRO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.051.572, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 266.512 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente a COLPENSIONES de acuerdo con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión queda notificada con la sentencia que se emitirá a continuación.

ALEGATOS

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

COLPENSIONES. La apoderada afirma que la selección de cualquiera de los dos regímenes es única y exclusiva del afiliado, que la hace de manera libre y voluntaria, por ello COLPENSIONES no está obligada a realizar el traslado del actor del régimen de ahorro individual al régimen de prima media. De otro lado, señala que el traslado entre regímenes pensionales no se puede hacer en cualquier tiempo, sino que es procedente cuando al afiliado le faltan más de 10 años para adquirir el derecho pensional, que no es el presente caso. Reitera la improcedencia de la nulidad del traslado porque no se probó vicios del consentimiento y la solicitud que presentó el actor es extemporánea.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita sea revocada la providencia de primera instancia, al considerar que la A quo erró al declarar la ineficacia de la afiliación ordenando trasladar a COLPENSIONES, además, de los recursos de la cuenta de ahorro individual, los gastos de administración, sustentando la decisión en el incumplimiento del deber de información. Situación que es contraria a la realidad, porque la entidad demandada dio



cabal cumplimiento a la obligación de dar información a la demandante en los términos establecidos en el Decreto 692 de 1994.

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

SENTENCIA No. 337

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene el retorno de la actora a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media. Que se ordene a PORVENIR S.A. que, una vez ejecutoriada la sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos financieros a COLPENSIONES. Subsidiariamente, solicita que se declare nulo el traslado que efectuó la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, administrado por COLPENSIONES, por cuanto el consentimiento estuvo mediado de error. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el retorno de la demandante a COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media, ordenando a PORVENIR a que traslade los aportes realizados por la actora con sus rendimientos a COLPENSIONES.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que la actora nació el 04 de junio de 1964, que inicia su vinculación laboral y empieza a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales hasta el mes de marzo de 1994, fecha en que se traslada a PORVENIR S.A. Que durante el proceso de afiliación, la actora fue abordada por un promotor de PORVENIR S.A. quien la convenció de realizar el traslado de régimen pensional, aduciéndole que recibiría una pensión por valor superior a la que le otorgaría el Instituto de Seguros Sociales, sin que se le hubiese explicado las condiciones del



traslado, mucho menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, por lo que considera que se incumplió con el deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría el traslado al régimen de ahorro individual, tampoco se le informó sobre la facultad del retracto.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, porque no es la entidad competente para declarar la nulidad del traslado, y no se ha probado ni declarado un vicio del consentimiento de la actora al momento en que decidió cambiar de régimen pensional y afiliarse a PORVENIR S.A. Además, que la solicitud de traslado de régimen pensional se está haciendo por fuera del término establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A. Igualmente se opone a las pretensiones, porque la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación. Planteó las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la ineficacia del traslado que hizo la demandante desde el régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto



de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Condena a PORVENIR S.A. para que una vez ejecutoriada esa sentencia traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que hubiere causado y las cuotas de administración todo debidamente indexado. Ordena a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales y que una vez realizado el traslado del capital y todo lo demás ordenado, se actualice la historia laboral de la demandante.

Para arribar a esa conclusión la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales y que no había dentro del plenario sustento probatorio por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad convocada al proceso, porque a ésta le correspondía la prueba de acreditar que a la demandante le brindaron una asesoría acertada, clara y veraz que no lo indujera en error al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

inconforme con la decisión de primera instancia, quien representa a PORVENIR S.A. formula el recurso de alzada, pretendiendo la revocatoria de la providencia impugnada, argumentado que lo solicitado por la actora es la ineficacia del traslado, sin que obre prueba de causal alguna de nulidad, donde al contrario, se firmó el formulario por la demandante de manera voluntaria, por consiguiente, no hay ilegalidad alguna que genere la prosperidad de las pretensiones, dado que lo único que se exigía para la data en que la actora decide cambiar de régimen pensional era la suscripción de formulario de manera libre, razón por la cual la afiliación es válida. Además, expresa que, de confirmarse la sentencia, no se ordene el



traslado de los gastos de administración, que se trata de descuentos que se hacen sobre el ingreso base de cotización como se desprende de los artículos 20 y 104 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Por lo que considera que resulta un imposible jurídico, reintegrar los dineros descontados por concepto de comisión de administración, teniendo en cuenta que en el porcentaje global de esa comisión, un porcentaje se destina para pagar la póliza para cubrir de seguros de invalidez y muerte y otros para financiar los gastos de administración y primas de Fogafin, razón por la cual parte de su porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los gastos de invalidez y muerte de la demandante, por lo tanto estos recursos no están en poder de PORVENIR, y esos gastos ya cumplieron su destinación específica, al ser utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual, la cual le generó una rentabilidad muy superior a la establecida por la Superintendencia Financiera durante el tiempo que estuvo afiliada.

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, de acuerdo con la respuesta y de ser afirmativa, se definirá si procede ordenar a la administradora del régimen de ahorro



individual que transfiera a la administradora del régimen de prima media los gastos de administración

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 11 de diciembre de 1985 al 12 de agosto de 1990, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES (fl. 25). Igualmente, se observa de acuerdo con la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. que la actora empieza a cotizar en el régimen de ahorro individual a partir de abril de 1994 (fl. 20 vto)

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.

Con respecto a la censura formulada por la parte pasiva, en cuanto la A quo ordena 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 mantenerse la decisión de primera instancia



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

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia número 41 del 06 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: MARIA TERESA RESTREPO STERLING
APODERADO : JUAN CARLOS DE LOS RIOS BERMUDEZ
bygasociados2015@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: ESTHEFANIA ROJAS CASTRO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA TERESA RESTRPO STERLING
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-018-2019-00245-01

www.muñozmedinaabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADA: MARIA ALEJANDRA SERRANO CEBALLOS
www.godoycordoba.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. 018-2019-00245-01