



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

Acta número: 14

Audiencia pública número: 101

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ 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 211 del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por DOMINGO RAFAEL QUIÑONEZ ALBAN contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, afirma que, al momento de la vinculación del actor se le brindó la información necesaria, el conocía de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, y en señal de esa aceptación suscribió el formulario de afiliación. Información que se le dio de manera verbal como lo requería la ley en esa etapa. Reitera la censura en cuanto a la orden de transferir al régimen de prima media lo correspondiente a los gastos de administración y que no se hubiese declarado probada la excepción de prescripción.



La apoderada de COLPENSIONES, solicita se revoque la decisión de primera instancia, en la medida que se pretende invalidar un acto que produjo sus efectos jurídicos, dado que el demandante ha cotizado ante el RAIS por muchos años.

SENTENCIA No. 96

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., ante la omisión de ese fondo del deber de información de manera clara, completa y veraz, sobre las prestaciones económicas que se obtendrían en el régimen de ahorro individual, así como los riesgos, beneficios y desventajas, en consecuencia de lo anterior se ordene su regreso automático al régimen de prima media y se disponga trasladar todos los dineros de su cuenta de ahorro individual.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 10 de abril de 1960, que inició su vida laboral en agosto de 2001 afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales donde se mantuvo hasta diciembre de 2001 cuando se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A. sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la debida asesoría o informado de manera adecuada, respecto a las diferencias entre cada régimen pensional, que en septiembre de 2018 al conocer la gran diferencia entre el monto de su mesada pensional en uno y otro régimen, solicitó su traslado, obteniendo respuesta negativa

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo el demandante realizó su traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse del régimen más convenientes, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por lo que su derecho pensional en uno y otro régimen se resolvería bajo los parámetros de



la Ley 797 de 2003. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. igualmente se opone a las pretensiones, argumentando que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la nulidad o ineficacia del traslado por cuanto la decisión tomada por el demandante se hizo de manera consiente, voluntaria y sin presiones, con el cumplimiento de las exigencias de la normatividad vigente a la fecha, recibiendo la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado. Formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, 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 la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en consecuencia, ordena a PORVENIR S.A. trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES la totalidad de los dineros recibidos con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración. Ordena a COLPENSIONES aceptar el traslado del demandante junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente al actor sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

RECURSO DE APELACION



La mandataria judicial del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la absolución de la condena en costas a COLPENSIONES, bajo los parámetros del artículo 365 del CGP por cuanto al desestimarse sus excepciones resulto vencía en juicio.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, argumentando que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones por cuanto al demandante le faltan menos de diez años para arribar a su edad pensional.

PORVENIR S.A. formuló su recurso solicitando que se revoque la decisión argumentando haber cumplido con el deber de información exigido por la normatividad vigente para la época en que se verificó el traslado de régimen pensional, aunado a ello señala que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni rendimientos toda vez que los primeros son de origen legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de los fondos de pensiones y con el manejo de éstos se generan beneficios para los afiliados, y si con la ineficacia, las cosas retornan al estado anterior no hay rendimientos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se concede la 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, junto con la devolución de los gastos de administración y si es procedente condenar en costas a COLPENSIONES.



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 ISS desde el 6 de agosto de 2001, y lo estuvo hasta diciembre de 2000, cuando se hizo efectivo su traslado a POVERNIR S.A. así lo deja ver la historia laboral allegada de folios 34 a 45.

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 sí le brindó la debida asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro 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). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar 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.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la



ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte recurrente que, con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte del 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, se omitió el deber de acreditar que al actor se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen, a fin de que tomará la mejor decisión, en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí existía



disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales clientes: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva 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, se reitera que 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

Con respecto a la censura formulada por PORVENIR S.A., en cuanto la A quo le ordenó devolver, además, las sumas que corresponden 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 la 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 ahora acoge 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 ineficacia del traslado, conlleva el deber de 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 lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. 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. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene el actor en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración.

La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES en cuanto considera que el regreso del promotor de esta acción a esa entidad, vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, argumento errado, porque como quedó dicho, él regresa con los aportes que realizó al RAIS, como si no se hubiese cambiado de régimen pensional.

Finalmente del recurso elevado por la parte actora en cuanto a que COLPENSIONES también debe ser condenada 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 los argumentos de COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda no salieron prósperos, siempre se opuso a las pretensiones, por lo que resulta viable la súplica del recurso, en el sentido de condenar en costas, en primera instancia, también a COLPENSIONES, de acuerdo con la norma antes citada.

Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado análisis de los argumentos formulados por las partes en los alegatos de conclusión. pero atendiendo el principio de congruencia entre lo apelado y lo decidido en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del promotor de esta acción. Fijese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de las citadas.

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.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia No. 211 del 27 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de condenar en **COSTAS** en primera instancia, a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 211 del 27 de noviembre de 2020, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante. Fijándose como agencias en derecho en el equivalente a dos salarios



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
DOMINGO RAFAEL QUIÑONEZ ALBAN
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-005-2018-00466-01

mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de cada una de las entidades citadas.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial

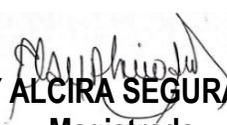
(<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: DOMINGO RAFAEL QUIÑONEZ ALBAN
APODERADO: HADDER ALBERTO TABARES VEGA
Correo electrónico: abogados_pensiones@hotmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: YOLANDA HERRERA MURGUEITIO
Correo electrónico:

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
Correo electrónico: notificacionesjudiciale@porvenir.com.co
APODERADO: ANA MARIA RODRIGUEZ MARMOLEJO
Correo electrónico:

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad.005-2018-00466-01