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

Acta número: 11

Audiencia número: 61

En Santiago de Cali, a los ocho (08) 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 formulado contra la sentencia número 289 del 03 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por DAVID ROBAYO BARRIGA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 412

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de GLORIA MAGALY CANO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.130.671.842, abogada con tarjeta profesional número 224.177 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de Colpensiones, manifiesta que el traslado de régimen pensional que efectúo la actora tiene plena validez porque no se demostró vicio del consentimiento que generara la nulidad de éste, además no se puede omitir el artículo 2 de la Ley 797 de 2002, que prohíbe hacer traslado de régimen pensional cuando le falte al afiliado menos de 10 años para pensionarse, como es este caso.

La apoderada del demandante, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, porque esta claro el engaño al que fue sometido el actor por parte de funcionarios de los fondos de pensiones, que se constató con el valor de la mesada pensional. que acogiendo el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de esta anualidad, que refiere a la nulidad del traslado cuando el accionante ya esta pensionado, considerando la Corporación que la calidad de pensionado genera una situación jurídica consolidada, pero que hay lugar a la reparación y en este caso el demandante sufrió un perjuicio, los que reclama.

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

SENTENCIA No. 58

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, ordenándose a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, además el reconocimiento de la pensión de vejez desde su causación, con aplicación de los reajustes legales, retroactivo pensional y el pago de intereses moratorios. Además, se condene a PORVENIR al pago de los perjuicios causados al actor.

En sustento de esas pretensiones manifiesta que estuvo afiliado al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 1 de diciembre de 1982 al 30 de noviembre de 1999, data en que se trasladó al

régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., vinculación que se dio porque le ofrecieron mayores y mejores beneficios que los que ofrecía el Instituto de Seguros Sociales.

Que al actor le fue reconocida la pensión de vejez anticipada por valor de $995.689 mensuales, pagaderos a partir del 11 de noviembre de 2014, la que le fue reliquidada por valor de $1.697.556, pagaderos en julio de 2015.

Que las recomendaciones que le hicieron los funcionarios de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, fueron falaces, pues el sueño de obtener una pensión acorde a su salario, vino a no ser creíble cuando PORVENIR S.A. le reconoció la pensión equivalente a dos salarios mínimos, cuando las cotizaciones las hizo sobre suma equivalente a once salarios mínimos.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la acción, las entidades que integran la parte pasiva, se opusieron a las pretensiones, argumentando:

COLPENSIONES: Que, de acuerdo con las pruebas documentales aportadas con la demanda, el actor de manera libre y espontánea suscribió el traslado desde el Instituto de Seguros Sociales al fondo privado PORVENIR S.A., lo que acredita que no existió vicio del consentimiento, además el actor ya recibió la pensión de vejez por el fondo que administra el RAIS. Propone las excepciones de fondo que denominó: Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. afirma que al momento del traslado de régimen pensional, no era jurídicamente procedente determinar si el actor cumplía o no con los requisitos para pensionarse bajo otro régimen y condiciones no administradas por PORVENIR S.A.; que a la fecha de contestación de la demanda, el demandante no ha radicado solicitud de reclamación pensional, luego, es imposible determinar si cuenta o no con los requisitos establecidos en el RAIS, amen de que la vinculación del actor a PORVENIR S.A. fue un acto

libre y voluntario, sin presencia de vicios del consentimiento. Plantea las excepciones de mérito que denominó: Prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, no accede a declarar la nulidad del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual que administra PORVENIR S.A., al dar prosperidad a las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda propuesta por PORVENIR S.A. y la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesto por COLPENSIONES.

Para arribar a la anterior conclusión la A quo, parte de la data en que el actor realizó el traslado del régimen pensional, esto es octubre de 2009, comparado con la calenda en que nació, definió que cuando se afilió al RAIS le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y para esa fecha no tenía los requisitos para concederse la pensión de conformidad con el régimen de prima media. Además, que el actor firmó libremente la solicitud de afiliación al RAIS, y que sólo en el año 2015 la Superfinanciera refiere que sólo a partir de la Ley 1748 de 2014 se exige a las entidades financieras poner en conocimiento de los potenciales afiliados las características, implicaciones del traslado. Que el actor se encuentra disfrutando de una pensión de vejez anticipada desde noviembre de 2014, la cual fue concedida bajo la modalidad de retiro programado, la que posteriormente fue reliquidada por el ingreso del bono pensional, siendo éste un beneficio propio del RAIS.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte actora, interpone el recurso de alzada persiguiendo la modificación de la sentencia, porque el sistema de seguridad social no puede menoscabar los derechos

de los trabajadores y se debe aplicar los principios constitucionales del artículo 53 de la Carta Magna, donde la falta de información afecta la dignidad humana, porque se debe tratar como ser humano y no como una mercancía, citando como fundamento de su argumento, precedentes jurisprudenciales, que refieren al deber de información, omisión que incurrió la demandada al momento de la vinculación o al momento en que la ley permitía el retracto. Solicita que se acceda a las pretensiones y no se ordene al demandante a restituir los valores que ha recibido por concepto de mesadas pensionales, porque las ha recibido de buena fe.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando se encuentra disfrutando de una pensión anticipada de vejez.

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 01 de diciembre de 1982 al 30 de noviembre de 1999, como se observa de la lectura de la historia laboral que lleva COLPENSIONES, aportada a folios 76. Además, la vinculación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A. como se acredita con la copia del formulario, fechado el 10 de mayo de 1999 (fl. 161)

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; es nula o ineficaz.

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 negocial 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[1] o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).*

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 voluntaria, por

parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque 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 actor 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, por lo tanto, la Sala se aparte de los argumentos expuestos por la A quo, quien consideró que sólo a partir de la circular emitida por la Superfinanciera en el año 2015, es que se exige a las administradoras de fondo de pensiones como entidades financieras dar una ilustración clara y precisa sobre lo que representa el cambio de régimen pensional, porque desde la expedición del Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,* impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales cliente: "*conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*

Ahora bien, la ineficacia conlleva a que el estado de cosas, regrese a como se encontraban antes del traslado, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017; consecuencia sólo aplicable a quienes no se les ha reconocido el derecho pensional por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, consideración que la Sala fundamenta en lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 373, radicación 84475 del 10 de febrero de 2021, cuyo aparte es del siguiente tenor:

"…Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)[2], lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto."

Descendiendo al caso en estudio, a folios 13 del plenario reposa certificación expedida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la cual informa: *"Que reconoció pensión de RECLAMACION POR VEJEZ ANTICIPADA, a partir del 10 de noviembre de 2014 a favor del (a) señor (a) DAVID ROBAYO BARRIGA, identificado(a) con documento de identidad N. 19280383..".* Por lo tanto, al haberse reconocido al actor la pensión de vejez por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que no es posible revertir, lo que conllevará a no accederse a las súplicas de la demanda y confirmarse el proveído de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En los alegatos de conclusión formulados por la parte actora, ha pretendido que esta instancia conceda la reparación de perjuicios, omitiendo la limitación de la segunda instancia de conformidad con el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, dado que el recurso de apelación sólo se circunscribe a los argumentos de alzada y en los expuestos por la mandataria judicial del demandante no censuró la absolución de esa pretensión, no pudiendo la Sala pronunciarse sobre lo que no fue materia del recurso.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a cada entidad demandada.

[2] SL1688-2019, SL3464-2019

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 289 del 03 de septiembre de 2019, emitida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a cada entidad demandada.

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: DAVID ROBAYO BARRIGA
APODERADA: MARIA DEL PILAR GIRALDO FAJARDO
Correo electrónico
mapigi0914@hotmail.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: GLORIA MAGALY CANO
Correo electrónico:
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO: EDUARDO JOSE GIL GONZALEZ
Correo electrónico:
EDOJOGO@YAHOO.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

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

Rad. 006-2018-00180-01