



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz**

Acta número: 11

Audiencia número: 64

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 y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 310 del 15 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de PROTECCION S.A. solicita sea confirmada la decisión de primera instancia.

SENTENCIA No. 61

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la afiliación en pensiones que hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. y de su sustituta la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. por la omisión del deber legal de información, que originó un error de hecho que vicio su consentimiento. Que, como consecuencia de lo anterior,



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-012-2018-00306-02

se declare que está legítimamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, entidad ésta que debe reconocer la pensión de vejez.

En sustento de esas pretensiones, manifiesta la actora que nació el 15 de julio de 1960, inició su vida laboral el 29 de enero de 1979, empezando a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales, lo que lo hizo hasta el mes de noviembre de 1994, cuando fue contactada y visitada por un agente de la administradora de pensiones HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A., quien le suministró una información simple y mínima, orientada a obtener resultado en ventas. Que el 30 de abril de 2001 se trasladó a la administradora de fondo de pensiones PROTECCION S.A., entidad que tampoco le realizó un estudio con proyecciones en cada régimen pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda por medio de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones, porque el traslado de régimen pensional que hizo la actora goza de plena validez, no pudiéndose ahora aceptar el retorno al régimen de prima media porque la demandante está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PROTECCION S.A. a través de mandataria judicial dio respuesta al libelo demandatorio, oponiéndose a las pretensiones, porque de las pruebas aportadas se evidencia que el traslado es válido, no se acredita ningún defecto aplicable al negocio jurídico y esa entidad ha cumplido con las obligaciones prescriptas legales, le brindó una re -asesoría, sin comprobarse una inducción que viciara el consentimiento. Plantea las excepciones de inexistencia de la obligación, cumplimiento de los requisitos formales dispuestos para temas de afiliación, inexistencia de vicios del consentimiento, adecuada y oportuna asesoría por parte de la demandada, prescripción extintiva de la acción de nulidad del acto jurídico, falta de causa para pedir, buena fe de la demandada y la genérica.

PORVENIR S.A. atendiendo el llamado al proceso, dio respuesta por medio de apoderado judicial, oponiéndose igualmente a las pretensiones porque la demandante tomó una decisión



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-012-2018-00306-02

informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado, manifestando pleno conocimiento y consentimiento, y con esa firma dejó constancia expresa de la escogencia libre, espontánea y sin presiones, no pudiendo ahora aducir que faltó asesoría o información. Propuso 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, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la genérica o innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la operadora judicial: declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva, declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a la administradora del último régimen, conservando en consecuencia, el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES, sin solución de continuidad. Condena a PROTECCION S.A. a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la demandante, junto con sus rendimientos.

Para arribar a las anteriores conclusiones la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la actora al momento de firmar el acto del traslado no fue un hecho libre ante el desconocimiento de las consecuencias que ello acarrearía, razón por la cual declara la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenado a la administradora PROTECCION S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de COLPENSIONES, solicita al formular el recurso de alzada, que se ordene a las administradoras de régimen de ahorro individual devolver los gastos de administración por todo el tiempo cotizado.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia, es adversa a COLPENSIONES, 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

El problema jurídico que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer: si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, junto con la devolución de 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 29 de enero de 1979 al 31 de enero de 1994, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES (fl. 59). Además, hace parte del material probatorio el formulario de vinculación que diligenció la actora con HORIZONTES SA. el 24 de enero de 1994 (FL. 270) y con PROTECCION S.A., fechado El 9 de marzo de 2001 (fl. 183)

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.

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 consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

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.

Con respecto a la censura formulada por la apoderada de COLPENSIONES, en cuanto la A quo no ordenó 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:



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-012-2018-00306-02

“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 de la actora, 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 modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene la actora en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración, los que serán devueltos por las dos administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso.

Sin costas en esta instancia.

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:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-012-2018-00306-02

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 310 del 15 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así: CONDENAR a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que tiene en la cuenta de ahorro individual la señora MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA, junto con los respectivos rendimientos y los gastos de administración causados durante el período de vinculación con esa entidad. CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración causados durante el período de vinculación con esa entidad.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 310 del 15 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

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 PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
APODERADO: CARLOS ALBERTO MARTINEZ RENTERIA

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADA: ANGELA PATRICIA ERAAZO PERZ
Correo electrónico:

secretariageneral@mejiasociadosabogados.com

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA PATRICIA GALARZA DE ZUÑIGA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-012-2018-00306-02

PROTECCION S.A.
APODERADO: MARISOL DUQUE OSSA

MARISOLDUQUE@ILEXGRUPOCONSULTOR.COM

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. 012-2018-00306-01