



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

Acta número:13

Audiencia número:88

En Santiago de Cali, a los veintidós (22) 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 061 del 9 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por LUIS GERMAN NARANJO HENAO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES, al presentar alegatos de conclusión, afirma que el traslado de régimen pensional que hizo el actor mediante el formulario de afiliación, goza de plena validez, y correspondía a éste acreditar las causales que llevasen a la nulidad solicitada. Además, que el demandante esta dentro de la prohibición de efectuar nuevo traslado de régimen pensional, como lo tiene establecido el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años para adquirir la pensión. Que de aceptarse la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional afecta el principio de la sostenibilidad financiera.



La mandataria judicial de PORVENIR S.A. argumenta que en el fallo de primera instancia se le está imponiendo a las administradoras de fondo de pensiones privadas cargas que no están obligadas a acatar, porque al momento en que el actor hizo el traslado de régimen pensional, éste se hizo de acuerdo con la normatividad vigente, ya que no se establecía el deber de información alegado en la demanda y en la sentencia. El actor recibió asesoría y por ello, suscribió el formulario de afiliación, que era el requisito legal. Además, expresa que es improcedente ordenar la devolución de los gastos de administración, porque al declararse la ineficacia del traslado, los efectos prácticos, es entender que ese acto nunca existió. Reitera la prosperidad que se debe dar a la excepción de prescripción.

De otro lado, el apoderado del actor, solicita la confirmación de la providencia de primera instancia, donde el eje central de la decisión se funda en el deber de información, y esa obligación existe desde la creación de las administradoras de fondo de pensiones, así se desprende del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, y otras normas, donde la firma del formulario no es prueba de haber brindado una correcta información, porque éstos ya están impresos, donde el cambio de régimen pensional debe estar precedido de una correcta ilustración sobre las modalidades, característica, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, omisión en que incurrió la administradora del RAIS llamada al proceso.

Como quiera que no fue necesario decretar pruebas en esta instancia, se emite a continuación la siguiente

SENTENCIA No. 84

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la afiliación y posterior traslado que hizo del ISS a 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. Solicitando se ordene a PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus respectivos rendimientos y gastos de



administración y a su vez se ordene a COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de PORVENIR S.A. dichos rubros.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 19 de enero de 1957, que inició su vida laboral afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales hasta junio 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 una asesoría idónea o informado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna y adecuada, respecto a las diferencias entre cada régimen pensional, que 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 mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que de la documentación aportada no se logra demostrar vicios del consentimiento. Además, que no es procedente realizar el traslado por falta de fundamento fáctico y jurídico. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. a través de apoderada judicial al dar respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, manifestando que esa entidad en ningún momento obligó o constriñó al actor a que se afiliara, por el contrario, le brindó toda la información que requería para tomar una decisión libre y voluntaria, informada y consciente frente al traslado de régimen pensional. En su defensa formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa e innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva, declara la ineficacia de la afiliación efectuada por el actor al fondo PORVENIR S.A. a partir del 1º de agosto de 2001. Condena a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus rendimientos y gastos de administración. Ordena a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. tales rubros y contabilizarlos, sin solución de continuidad, como semanas cotizadas y condena en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador 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

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada, argumentado que no quedó plenamente probado el consentimiento viciado del demandante al tomar su libre decisión de traslado de régimen de ahorro individual, en tanto recibió la información necesaria para la fecha de su vinculación, que para la época en que el demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. no estaba en la obligación de poner a disposición de los afiliados la proyección de la mesada o cualquier otro tipo de información, situación que cambio a partir de la Ley 1748 de 2011 y en virtud de ello no puede imponerse dicha obligación, así mismo que no hay lugar a la devolución de los rendimientos y gastos de administración.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, argumentando que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

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 o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, junto con la devolución de los gastos de administración y si ese traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

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 9 de diciembre de 1997 al 1º de agosto de 2001, como se observa en la historia laboral allegada al proceso. (fl. 19 a 26). Además, hace parte del material probatorio el formulario de vinculación que con el entonces HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A que diligenció el actor (fl. 34)

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el señor Naranjo Henao 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 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 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 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 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 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 atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que si 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 cliente: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

En el proceso en curso, omitió PORVENIR S.A. 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 y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.



Con respecto a la censura formulada por PORVENIR S.A., en cuanto el 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 o nulidad 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 del asegurado, 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, viola el principio de la sostenibilidad 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.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del promotor de esta acción. Fíjese 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: CONFIRMAR la sentencia número 061 del 9 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUIS GERMAN NARANJO HENAO
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-013-2018-00460-01.

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: LUIS GERMAN NARANJO HENAO
APODERADO: JULIAN ANDRES GOMEZ PINO
Correo electrónico:
consultorespensiones@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA. GLORIA ESPERANZA GUTIERREZ PINO
Correo electrónico: www.aja.net.co

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

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, 013-2018-00460-01