



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

Acta número: 17

Audiencia pública número: 124

En Santiago de Cali, a los veinte (20) días del mes de mayo 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 111 del 16 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por LILIANA SARASTI ESCOBAR contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de PORVENIR S.A. ha formulado ante esta instancia alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria de la providencia de primera instancia, argumentando que no existen razones ni fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque fue una decisión de la actora que la tomó de forma espontánea, sin presiones, cumpliendo con los requisitos legales, amén de que la entidad demandada cumplió con el deber de información establecido para esa época de conformidad con el artículo 97 del Decreto 653 de 1993, de manera verbal en reunión general y de forma personal cuando se suscribe el formulario de afiliación, contando la demandante con capacidad legal para decidir sobre el traslado de régimen pensional. Aduce, además que es



improcedente ordenar la transferencia de los gastos de administración, porque éstos son ordenados por mandato legal, tienen una destinación específica y ya fueron invertidos en la forma que señala la ley y no se encuentran en poder de la demandada.

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

SENTENCIA No. 114

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la afiliación y posterior traslado que hizo del ISS a PORVENIR S.A. por no haber sido debidamente asesorada sobre las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual. Solicitando se ordene a PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 18 de octubre de 1967, que inició su vida laboral afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de octubre de 1988 y lo estuvo hasta septiembre de 2001, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A., sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad, la debida asesoría e informado de manera clara, precisa y veraz sobre las implicaciones económicas y jurídicas que acarrearía el cambio de régimen pensional y que el 4 de octubre de 2018, al conocer la gran diferencia en el monto que tendría su mesada pensional, solicitó su traslado a COLPENSIONES, 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 que, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en el régimen de pensiones es libre y voluntaria y la realizada por la demandante y, por lo tanto, goza de validez y que se encuentra inhabilitada para trasladarse a prima media, por faltarle menos de diez años para arribar a la edad 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.

PORVENIR S.A. al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, igualmente se opone a las pretensiones, argumentando que no se ha demostrado la causal de nulidad o ineficacia que invalide la afiliación de la demandante, quien fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, por lo que tomó su decisión de manera, libre, voluntaria y sin presiones. 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 no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva de la Litis. Declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante con PORVENIR S.A. el 1º de noviembre de 2001, y que para todos los efectos legales la afiliada siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condena a PORVENIR S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los períodos que administró las cotizaciones de la demandante, ordenando a COLPENSIONES que admita a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

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 a la actora 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, la apoderada judicial de COLPENSIONES, formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la sentencia argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que no se demostró vicio del consentimiento que invalide la afiliación y que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional

También formuló recurso de apelación el mandatario judicial de PORVENIR S.A. argumentando haber cumplido con el deber de información vigente para la época de la vinculación de la demandante y censura la orden de devolución de gastos de administración y de rendimientos, porque 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 la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de acuerdo con la respuesta se definirá si es



procedente ordenar que se traslade a COLPENSIONES los valores por concepto de gastos de administración y rendimientos financieros.

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 ISS, desde el 1º de octubre de 1988 y permaneció así hasta octubre de 2001, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada a folios 1 a 6, del expediente digital PDF 2, repetida en otros.

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 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, se omitió el deber de acreditar que a la actora 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”*.

Igualmente, se argumenta por parte de la apoderada de COLPENSIONES en el recurso de alzada, que no procede la nulidad o ineficacia del traslado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fundamentos que no son atendibles, porque si bien, la norma en cita dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declarase así, conlleva a que el estado de cosas retorne al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la ineficacia se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual. Como 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.

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 de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, 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 la actora 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 de la promotora de esta acción a esa entidad, viola el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, argumento errado, porque como quedó dicho, ella



regresa con los aportes que realizó al RAIS, como si no se hubiese cambiado de régimen pensional.

Dentro del contenido de esta providencia se ha realizado análisis de los argumentos expuestos al formular alegatos de conclusión.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 111 del 16 de julio de 2020, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

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

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

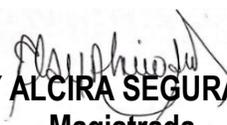
ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LILIANA SARASTI ESCOBAR
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-001-2019-00419-01

DEMANDANTE: LILIANA SARASTI ESCOBAR
APODERADA: GLORIA ESPERANZA MICAN ROMERO
Correo electrónico: gloriabogadosasociados@gmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: PAULA ANDREA GONZALEZ GUTIERREZ
Correo electrónico:
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
Correo electrónico: notificacionesjudicial@porvenir.com.co
APODERADO: JOSE DAVID OCHOA SANABRIA
Correo electrónico:
www.godoycordoba.com
dvisser@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. 001-2019-00419-01