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

Acta número:16

Audiencia pública número:106

En Santiago de Cali, a los trece (13) 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 89 del 24 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARTHA RUBY AREVALO TERAN contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES, al formular los alegatos de conclusión, afirma que de conformidad con el concepto 2008026873-01 del 22 de abril de 1994, modificatorio de la circular externa 07/1006 estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debía ser efectuados por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del mencionado traslado lo determina dicha entidad y no COLPENSIONES. Además, que no se puede omitir lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no procede el traslado de régimen pensional porque la actora cuenta actualmente con 59 años de edad.

**SENTENCIA No. 101**

Pretende la demandante que se declare nulo y por lo tanto sin validez alguna el traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. ante la omisión de esos fondos del deber de información de manera adecuada, suficiente, clara, cierta y precisa, sobre las prestaciones económicas que se obtendrían en el régimen de ahorro individual, así como los riesgos, beneficios y desventajas. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene su traslado en pensiones junto con los aportes, rendimientos, intereses, cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales, debidamente indexados, a COLPENSIONES y a su vez esta última acepte tal traslado.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 25 de abril de 1959, que inició su vida laboral afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de diciembre de 1977 y hasta marzo de 1995, cuando se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual, administrado por COLFONDOS S.A. inicialmente y luego en agosto de 1996 a PORVENIR S.A, sin que se le hubiese brindado por parte de esas entidades la debida asesoría o informado de manera adecuada, suficiente, clara, cierta y precisa, respecto a las diferencias entre cada régimen pensional y que en marzo 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 la demandante recibió la información idónea al momento de su traslado el que efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones y que su regreso al régimen de prima media con prestación definida carece de fundamento factico y jurídico. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, inexistencia de vicios del consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que no existió omisión en la información ofrecida a la demandante al momento de tomar la decisión de su traslado de régimen pensional, el que devino de actos libres, voluntarios y sin presión alguna, además que se encuentra inhabilitada para trasladarse a prima media por faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual y en consecuencia de los traslados entre AFP¨S, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales, para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legitima , nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. fue notificada a través de curador ad litem, quien aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones inicialmente con el entonces ISS y posteriormente con COLFONDOS S.A. y por último con su representada. No se opuso a las pretensiones de la demanda por estarse a lo que resulte probado y no propuso excepciones.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandada, declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación que la demandante realizó en COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Ordena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto los rendimientos y gastos de administración. Ordena a COLPENSIONES a recibir tales rubros, conservando para ese efecto la actora todos sus derechos y garantías que tenía en el régimen de prima media antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual y condena en costas a la parte pasiva de la litis.

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 las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, no desplegaron 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 de primera instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la condena en costas argumentado que la demandante no se encuentra dentro de los requisitos legales para realizar el traslado.

## 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

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 y si resulta prospera la condena en costas a COLPENSIONES.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción nació el 25 de abril de 1959, que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces por el ISS, desde el 14 de diciembre de 1977 y su posterior traslado al régimen de ahorro individual en marzo de 1995 con COLFONDOS S.A., y agosto de 1996 con PORVENIR S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada de folios 75 a 91, 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 ambos fondos privados demandados expusieron en su defensa haber brindado la debida asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *"debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés**.**

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de **retractarse;** obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que "*las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse"* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales

manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y, además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

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

> *“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios*

*del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio 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 pasiva 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 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 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*".

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

Finalmente, con relación a la condena en costas, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación…".*

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que los argumentos de COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda no resultaron viables, siempre se opuso a las pretensiones, por lo que no resulta viable atender la súplica de la parte recurrente, en el sentido de exonerarla de la condena en costas de acuerdo con la norma antes citada.

Es de aclarar que los alegatos formulados en esta instancia presenta argumentos diferentes a los expuestos al formular el recurso de alzada, donde el pronunciamiento de esta Sala se limita a los puntos de censura de conformidad con el artículo 66ª del CPL y SS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

**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 89 del 24 de junio de 2020, emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (**https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali**) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: MARTHA RUBY AREVALO TERAN
Correo electrónico: amartharuby@yahoo.com
APODERADA: PATRICIA RIOS LOPEZ
Correo electrónico: notificacionesjudicialesprl@hotmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADO: EINAR ERNESTO GONZALEZ BEDOYA
Correo electrónico: www.colpensiones.gov.co

DEMANDADO. COLFONDOS S.A.
APODERADO: ROBERTO CARLOS LLAMAS MARTINEZ
Correo electrónico: roberto.llamas@llamasmartinezabogados.com.co

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
Correo electrónico: notificacionesjudiciale@porvenir.com.co
CURADOR AD LITEM: JULIANA MONTOYA OLARTE
Correo electrónico: jmservijuridico@gmail.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.004-2018-002020-01**