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

Acta número: 35

Audiencia número: 376

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de septiembre 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 402 del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por LUZ MARY DOMINGUEZ CANTE contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO: 1123

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

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA. identificado con la cédula de ciudadanía número 1.144.072.955, abogado con tarjeta profesional número 309.235 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como

apoderado de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatario judicial de COLPENSIONES, manifiesta en los alegatos de conclusión que presenta ante esta instancia que es desacertada la decisión de primera instancia, porque se trató de una decisión propia de la demandante, como se acredita con la firma del formulario de afiliación, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones realizada ante el fondo privado de pensiones. Además, la promotora de esta acción no demostró vicios en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento de la afiliación al RAIS, en consecuencia se encuentra válidamente afiliada a ese régimen. Expresa que de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condene a la administradora del régimen de prima media demandada, a devolver a COLPENSIONES lo que concierne a gastos de administración.

La apoderada de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, dado que la entidad demandada cumplió con la obligación de dar información a la demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado, suministrando información verbal a través de asesores altamente capacitados, cumpliendo con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además, la demandante es una persona plenamente capaz en los términos de los artículo 1502 y 1503 del CC.

Por último, la apoderada de la demandante, solicita la confirmación de la sentencia de primer grado, porque quedó demostrado que no existió un consentimiento informado de lo que implicaba el traslado, violentándose así el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, citando para ello precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 317

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 PORVENIR S.A. por no haber existido un consentimiento informado de las reales implicaciones de su traslado y como consecuencia de ello proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, frutos, rendimientos e intereses.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 25 de mayo de 1966, que inició su vida laboral afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de junio de 1995, donde permaneció hasta el 21 de junio de 2000 cuando trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A. sin que se le hubiese brindado la debida asesoría e informado las ventajas y desventajas de su afiliación, pues solo se le dijo que se pensionaria de manera anticipada y que el 22 de enero de 2019, al conocer la diferencia de su mesada pensional en uno y otro régimen, solicitó su traslado a COLPENSIONES obteniendo respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Intervino el Ministerio Publico señalando que en el presente proceso se debe establecer si el trámite del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora LUZ MARY DOMINGUEZ CANTE, se realizó con el cumplimiento de los parámetros establecidos en la ley 100 de 1993 y corresponde a PORVENIR S.A., dando aplicación a la figura denominada carga dinámica de la prueba, demostrar haber cumplido con el deber de información, con transparencia máxima, de forma completa y comprensible.

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, argumentando que el traslado solicitado seria violatorio del literal E del Art. 2 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del Articulo 13 de la Ley 100 de 1993, pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, además el tiempo para solicitar la nulidad del mismo de conformidad con las previsiones del artículo 1741 del Código Civil ha transcurrido, pues este alega la nulidad casi pasados 20 años, y como no lo hizo dentro del término de ley, la misma se encuentra saneada. Formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, compensación, saneamiento de una presunta nulidad y validez de la afiliación

PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que a demandante no allega prueba sumaria que declare la nulidad de la afiliación, ya que al momento de la misma fue completamente informada, pues la señora Domínguez recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada y en virtud de ella se consolidó la voluntad de su afiliación. 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 el operador judicial, declara la ineficacia de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. realizado en julio de 2000 y en consecuencia para todos los efectos legales nunca cambió de régimen pensional. Ordena a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos, intereses y el bono pensional, si lo hubiere y ordena a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media.

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 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, interpuso recurso de apelación, persiguiendo la revocatoria de la sentencia, argumentando para tal efecto que la selección de cualquiera de los regímenes existentes es exclusiva de los afiliados y que fue en uso de ese legítimo derecho que la demandante se afilió válidamente a PORVENIR S.A., quien cumplió con el deber de información vigente para la época de la afiliación de la demandante; que el traslado dispuesto afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, no obstante y de mantenerse la decisión de nulidad, los dineros que deben ser devueltos por las AFP del régimen de ahorro individual deben ser incluidos los gastos de administración, por los periodos en que se administraron las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que se hubieren causado, y que atendiendo su actuar de buena fe no debe ser condenada en costas.

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

Ante los argumentos expuestos al formular la alzada y ante la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, 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.

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 20 de junio de 1995 y lo estuvo hasta julio de 2000, cuando se hizo efectivo su traslado a PORVENIR S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada de folios 33 a 45.

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 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 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 fondo privado, 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 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 cliente: "*conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Con respecto a la censura formulada por COLPENSIONES, en cuanto el A quo no ordenó a PORVENIR S.A. 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 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 adicionará 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 su argumento que la demandante se encuentra válidamente vinculada al régimen de ahorro individual con PORVENIR S.A. y que su regreso a COLPENSIONES vulnera 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 contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos presentados por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de este proceso. Fíjese las agencias en derecho en el 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.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia número 402 del 16 de diciembre de 2020, emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A**., devolver, además, las sumas que correspondan a gastos de administración, por el tiempo que administró los aportes de la demandante, al Sistema de Seguridad Social en el Régimen de Pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 402 del 16 de diciembre de 2020, emitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta,

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de este proceso. Fíjese las agencias en derecho en 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

DEMANDANTE: LUZ MARY DOMINGUEZ CANTE
APODERADA: SANDRA MARCELA HERNANDEZ CUENCA
Correo electrónico: sandra16mhc@hotmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADO: JUAN DIEGO ARCILA
Correo electrónico:
www.worldlegalcorp.com

DEMANDADO. PORVENIR S.A.

Correo electrónico: notificacionesjudiciale@porvenir.com.co
APODERADO: CLAUDIA ANDREA CANO GONZALEZ
Correo electrónico:
abogados@lopezasociados.net

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. 014-2019-00109-01