



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

Acta número: 39

Audiencia número: 439

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de octubre 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 138 del 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por DORIS MERCEDES RODRIGUEZ QUIJANO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., UGPP y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

AUTO NUMERO 1269

RECONOCER personería a la doctora YOLANDA HERRERA MURGEITTIO, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.271.414, con tarjeta profesional número 180.706 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.



ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de SANDRA PATRICIA RODRIGUEZ NUÑEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 665.772.780, abogada con tarjeta profesional número 256635 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito público al presentar alegatos de conclusión, solicita la confirmación de la providencia de primera instancia, en lo que respecta a la Oficina de Bonos Pensionales.

El mandatario judicial de la UGPP, solicita se declaren probadas las excepciones propuestas, considerando que esa entidad no tiene a su cargo la afiliación de nuevos afiliados para su posterior reconocimiento pensional. Aclara que la Ley 100 de 1993 regula el Sistema de Seguridad Social Integral y entre sus características, está la facultad de los afiliados a escoger libremente el régimen pensional que más le convengan, Situación que a todas luces es ajeno a la entidad llamada al proceso.

Considera el apoderado de PROTECCION S.A. que los gastos de administración son aquellos que cobran las administradoras de fondo de pensiones por administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados y operan para ambos regímenes pensionales. Donde la demandada ha administrado los aportes de la actora con la mayor diligencia y cuidado por cuanto es una entidad financiera. Reiterando la improcedencia de la devolución de los gastos de administración, porque son comisiones ya causadas y si la consecuencia de la ineficacia o nulidad del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por lo tanto, esa administradora de pensiones nunca debía haber administrado la cuenta de ahorro individual de la actora. Razón por la cual, solicita la



revocatoria de la providencia de primera instancia, porque además a la demandante si se le brindó la información necesaria para que hiciera una elección libre.

La mandataria judicial de COLPENSIONES, en los alegatos de conclusión, solicita a esta instancia la revisión de la sentencia, teniéndose en cuenta que para la fecha en que se produjo el traslado de la demandante al RAIS, la única exigencia establecida a efectos de que se entendiera materializado y válido, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, tal como aconteció en este proceso, además, la actora ha permanecido en ese régimen por más de 20 años, lo que deja entrever que la decisión fue libre, voluntaria, informada y ratificada en el tiempo, no existiendo causal de que permita declarar la ineficacia del traslado.

A su vez, quien representa judicialmente a PORVENIR S.A., también presentó ante esta instancia alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria del proveído censurado, dado que no se acreditaron los vicios del consentimiento al momento de hacerse el traslado de régimen pensional, máxime que la parte actora no los enuncia y mucho menos los prueba, por lo tanto, resulta válida la afiliación que se hizo de manera libre y voluntaria, habiéndosele brindado a la demandante la información oportuna y completa como se aseveró en la firma del formulario de vinculación.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 363

Pretende la demandante que se declare la nulidad del 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., ante la omisión de ese fondo del deber de información de manera idónea sobre los términos y condiciones que podría llegar a adquirir su derecho pensional. En consecuencia, se ordene su regreso al régimen de prima media y se disponga trasladar la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, así mismo que asuma las mermas sufridas en



el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez ya sea por mesadas pensionales o por gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 17 de mayo de 1961, que el 31 de mayo de 1994 se afilió a PORVENIR S.A., sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la debida asesoría e informado de manera idónea sobre los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir su derecho pensional, que desde el 17 de julio de 2008 viene solicitando, sin éxito alguno, su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que la demandante pretende un traslado que en este momento ya no es viable y no se encuentra dentro del grupo de beneficiarios del régimen de transición que la Corte Constitucional ha privilegiado de regresar al régimen de prima media en cualquier momento y que de prosperar tal pedimento se causaría un detrimento patrimonial por ser sistemas financiados con fórmulas diferentes. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción y compensación.

PORVENIR S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional es plenamente válido conforme a los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por la ley es libre y voluntaria por parte del afiliado, por tanto a la demandante le fue posible de manera libre y voluntaria realizar el cambio de régimen, de ahí que la afiliación al RAIS sea válida pues no se ha demostrado causal que concluya lo contrario, aunado a que la demandante se encuentra a menos de 10 años para arribar a la edad pensional. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad e innominada o genérica.



Ante solicitud del MINISTERIO PUBLICO, dada la vinculación laboral de la demandante de naturaleza pública, se integró el litis consorcio necesario con la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, quien al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones argumentando para ello que la demandante se traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria y así lo manifestó en la suscripción del contrato de afiliación, ahora de considerarse que tal acto es nulo, el regreso a prima media no se realizaría con bono pensional bajo los parámetros de los articulo 113 y 115 de la Ley 100 de 1993; que la emisión del bono pensional sólo tendría lugar cuando la AFP solicite al emisor, que es La Nación, autorizada por la afiliada, mediante la aprobación de la liquidación provisional, procedimiento que no ha tenido ocurrencia y que de prosperar el regreso a prima media el bono pensional, tipo A, desaparece y al quedar a cargo de COLPENSIONES la prestación pensional por vejez deberá reclamar el bono pensional tipo B o T, pero una vez sea reconocido el derecho, no antes. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción y genérica.

La UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, no se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda. señalando que para la fecha del traslado de régimen pensional de la demandante, no tenía existencia jurídica, de ahí que no tuvo injerencia alguna. Propuso en su defensa las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe e innominada.

Se vinculó al contradictor, en calidad de litis consorcio necesario a COLFONDOS S.A., quien al dar respuesta a la acción, mediante apoderado judicial, se allanó a las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A.,



COLFONDOS S.A., UGPP y la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO. Declara la ineficacia de la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Ordena a COLPENSIONES aceptar el regreso de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Ordena a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los aportes y los respectivos rendimientos y absolvió de cualquier condena a la UGPP y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la 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 ineficacia de la afiliación y si bien la demandante nunca estuvo afiliada a COLPENSIONES, sus aportes se efectuaron a las cajas o entidades del sector público, en razón de su vinculación laboral de naturaleza pública, dado que en la actualidad COLPENSIONES es la única administradora titular de tal régimen.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la mandataria judicial de la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la absolución de la condena en costas a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., bajo los parámetros del artículo 365 del CGP por cuanto al desestimarse sus excepciones resultaron vencidas en juicio.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el mandatario judicial de COLPENSIONES, censura la decisión, argumentando que la ineficacia que se declara afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que de prosperar la misma se debe ordenar que se traslade también los gastos de administración y todos los emolumentos que conforman el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante.



Inconforme con la decisión de primera instancia, el mandatario judicial de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la decisión, argumentando para tal efecto que la afiliación de la demandante goza de plena validez, en la medida que tomó su decisión de forma libre y voluntaria, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se encontraban vigentes para la época, habiendo recibido la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así suscribió el formulario de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley, que para la época 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 cambió con posterioridad y en virtud de ello no puede imponerse dicha obligación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, lo que hace impróspero el traslado y por último censura la condena en costas atendiendo su actuar conforme la ley.

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 la demandante acreditó la vinculación en el régimen de prima media antes del traslado de régimen pensional; si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado solicitado por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 y por último, si



opera la condena en costas, en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción inició su vida laboral el 16 de abril de 1980, al servicio de la Rama Judicial, donde su seguridad social, hasta el 31 de mayo de 1994, estuvo bajo la responsabilidad de CAJANAL, data para la cual se afilió a HORIZONTE S.A., luego, el 29 de marzo de 1995, se vinculó a COLFONDOS S.A., posteriormente el 1º de noviembre de 1997 volvió a HORIZONTE, desde donde nuevamente, el 26 de abril de 2004, se pasó a COLFONDOS S.A., para terminar afiliada a esa entidad desde el 29 de marzo de 2007, así lo deja ver la historia laboral del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales de folio 21 y el historial de vinculaciones emitido por el SIAFP, obrante a folios 124 y 125.

Antes de expedirse la Ley 100 de 1993, sólo existía un régimen pensional, conocido a partir de la vigencia de esa ley, como régimen de prima media con prestación definida, que era administrado por las Cajas de Previsión Social y por el Instituto de Seguros Sociales, con la nueva ley de seguridad social, se concentró en el ISS todas las cajas de previsión social, ordenando la liquidación de éstas, donde claramente el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, le asignó competencia para la administración del régimen de prima media con prestación definida al ISS

La Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por la ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPM con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras.



Por otro lado conviene mencionar que si bien la Ley 100 de 1993 instituyó al Instituto de Seguros Sociales como el administrador natural del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, a partir de la supresión y liquidación del ISS ordenada por el Decreto 2013 de 2012, esa entidad fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, creada por la Ley 1151 de 2007 para, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales ISS.

Atendiendo las disposiciones citadas, sobre supresión y liquidación de las cajas de previsión social, la orden dada por el legislador fue que todos sus afiliados pertenecían al régimen de prima media con prestación definida, de ahí que la demandante perteneció a este régimen.

Clarificado lo anterior, pasa 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 los fondos privados demandados expusieron en su defensa que sí brindaron 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 adocinado 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”*.

Con respecto a la censura formulada por COLPENSIONES, en cuanto la A quo no 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 hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018. Por consiguiente, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., devolver, además del saldo que tiene la actora en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración, por el tiempo que administraron sus aportes al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones, debidamente indexados.

La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES, en su argumento que el regreso de la demandante 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.

Finalmente del recurso elevado por la parte actora en cuanto a que COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., también deben ser condenada 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 COLFONDOS S.A. resulto vencida en juicio y los argumentos de COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda



no salieron prósperos, siempre se opuso a las pretensiones, por lo que resulta viable la súplica del recurso, en el sentido de condenar en costas, en primera instancia, también a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de acuerdo con la norma antes citada.

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 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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia número 138, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro de la audiencia pública celebrada el 4 de diciembre de 2020, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, devolver, además, del saldo que tiene la actora en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración, por el tiempo que administraron sus aportes al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones, debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia número 138, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro de la audiencia pública celebrada el 4 de diciembre de 2020, en el sentido condenar en **COSTAS** en primera instancia, a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.



TERCERO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 138, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, dentro de la audiencia pública celebrada el 4 de diciembre de 2020.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de 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

DEMANDANTE: DORIS MERCEDES RODRIGUEZ QUIJANO
Correo electrónico: dm.rodriguez1@hotmail.com
APODERADO: EDGAR EDUARDO TABARES VEGA
Correo electrónico:
ASESORIASTABARES@HOTMAIL.COM

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADO: SANDRA PATRICIA RODRIGUEZ NUÑEZ
Correo electrónico: sabogados1@hotmail.com

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
Correo electrónico: notificacionesjudicial@porvenir.com.co
APODERADO: DAGOBERTO RAMIREZ TENORIO
Correo electrónico:
DAGOBERTO2193@GMAIL.COM

DEMANDADO. COLFONDOS S.A.
APODERADO: OMAR FELIPE BOTERO LARA
Correo electrónico:
FELIPE.BOTERO@LLAMASMARTINEZABOGADOS.CO
M.CO

DEMANDADO. UGPP
APODERADA: TANYA PACHON MARIN
Correo electrónico: notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co

DEMANDADO. MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
DORIS MERCEDES RODRIGUEZ QUIJANO
VS. COLPENSIONES Y OTROS
RAD. 76001-31-05-002-2015-00733-01

APODERADO: NIXON ALEJANDRO NAVARRETE GARZÓN
Correo electrónico: notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co

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. 002-2015-00733-01