



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

Acta número: 37

Audiencia número: 413

En Santiago de Cali, a los catorce (14) 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 104 del 13 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por CARLOS ANTONIO FLOREZ ARIAS contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, afirma que el actor de manera libre y voluntaria escogió el fondo de pensiones al cual quería pertenecer. En el presente caso existieron actuaciones del demandante que convalidaron su conocimiento y por tal motivo, no es dable declarar la nulidad incoada. Por ejemplo, tenía la posibilidad con la que contaba para retornar a Colpensiones dentro de los términos que prevé la ley y no lo hizo, además está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, no siendo procedente el cambio de régimen de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



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 al demandante la información oportuna y completa como se aseveró en la firma del formulario de vinculación.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 339

Pretende el 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. y como consecuencia de ello se disponga su regreso automático al régimen de prima media junto con la devolución de todos los dineros que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 31 de diciembre de 1962, que inició su vida laboral el 7 de septiembre de 1983, afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, donde permaneció hasta el 1º de mayo de 1998, cuando se hizo efectivo su traslado 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 las implicaciones del traslado ni la afectación de su patrimonio al momento de solicitar su derecho pensional, ocasionando un error en su voluntad y que el 25 de octubre de 2018, solicitó su traslado a COLPENSIONES, 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 afiliación efectuada por el demandante con PORVENIR S.A. ya produjo sus efectos jurídicos, que no tuvo intervención alguna en el acto de traslado de régimen pensional, el que fue libre, voluntario y sin presiones y que no es procedente un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003. 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

PORVENIR S.A, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, argumentando que la decisión tomada por el actor se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la época, habiendo recibido la información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así suscribió el formulario de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley. En su defensa formula las excepciones que denomino: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

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 demandadas y declara la nulidad de la afiliación que el demandante realizó en 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 y que COLPENSIONES reciba tales rubros, conservando para ese efecto el actor todos sus derechos y garantías que tenía en el régimen de prima media antes de efectuarse el traslado al régimen de ahorro individual.

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo



que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente al actor sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el mandatario judicial de PORVENIR S.A., formuló recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de sentencia, argumentando para tal efecto, que el legislador reguló el tópico de los traslados de régimen pensional, limitándolos en el tiempo, en aras de evitar la descapitalización del régimen de prima media y la sostenibilidad financiera del régimen de ahorro individual; que aun da darse cabida a la figura de la nulidad, se estaría ante una de naturaleza relativa y por tanto saneada, bien por el paso del tiempo, o bien por la ratificación del demandante de permanecer en el régimen de ahorro manifestada en la realización de sus aportes; que el deber de información es de doble vía por tanto la responsabilidad no es exclusiva de PORVENIR S.A.; que la circunstancia de que el monto de la mesada pensional no alcance las expectativas económicas del demandante no conlleva, per se, la nulidad dispuesta, y por último, que si la consecuencia de la nulidad es retrotraer los efectos jurídicos de la afiliación, no habría lugar a la devolución de rendimientos y gastos de administración, además que tales rubros son de origen legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de los fondos de pensiones para su funcionamiento, aunado a que ya cumplieron su fin específico de cubrir los riesgos asegurables del demandante.

Inconforme con la decisión, también la apoderada judicial de COLPENSIONES formuló su recurso, solicitando que se revoque la condena en costas, argumentando para tal efecto que su representada es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en la libre decisión del demandante de trasladarse de régimen pensional.

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 el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con la devolución de los gastos de administración y si resulta prospera la condena en costas a COLPENSIONES.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el ISS, desde el 7 de septiembre de 1983 y lo estuvo hasta mayo de 1998, cuando se hizo efectivo su traslado a POVERNIR S.A., así lo deja ver el historial laboral de folios 11 a 19.

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor 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 3° 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 comercial 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 del demandante que impide 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 al actor 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 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 PORVENIR S.A., en cuanto el A quo le ordenó devolver, además, las sumas que corresponden a rendimientos y 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 hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 mantendrá la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver, además del saldo que tiene el actor en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración.

Finalmente, con relación a la condena en costas a COLPENSIONES, 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 prósperos, siempre se opuso a las pretensiones, por lo que no surge viable atender la súplica de la parte recurrente, en el sentido de exonerarla de la condena en costas, conforme la norma antes citada.



Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes en los alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por parte de cada una de las citadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 104 del 13 de julio 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 PORVENIR S.A., a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por parte de cada una de las citadas

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: CARLOS ANTONIO FLOREZ ARIAS
APODERADO: DIEGO FERNANDO HOLGUIN CUELLAR
Correo electrónico:
www.holquinabogados.com

DEMANDADO. COLPENSIONES



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS ANTONIO FLOREZ ARIAS
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-004-2018-00574-01

APODERADA: CATALINA CEBALLOS ORREGO

Correo electrónico:

CATALINA_CEBALLOS@OUTLOOK.COM

DEMANDADO. PORVENIR S.A.

Correo electrónico: notificacionesjudicial@porvenir.com.co

APODERADO: JUAN DAVID PALACIOS 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 MARTINEZ
Magistrada
Rad. 004-2018-00574-01
(en uso de permiso)