



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

Acta número: 45

Audiencia número: 519

En Santiago de Cali, a los seis (06) días del mes de diciembre 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 95 del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por HECTOR RICARDO BRAVO GARRETA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del actor al formular alegatos de conclusión ante esta instancia afirma que la acción instaurada está fundamentada en que la administradora del RAIS no cumplió con el deber de brindar información clara y completa al momento de afiliar al actor, a fin de que pudiese tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional, donde el simple consentimiento vertida en el formulario de afiliación es insuficiente, se requería de un



consentimiento verdaderamente informado, razón por la cual debe prosperar la solicitud de ineficacia del traslado, como lo determinó la A quo.

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. 434

Pretende el demandante que se declare la nulidad o ineficacia 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., por no haber sido informado de manera veraz y completa sobre los riesgos que implicaba el cambio de régimen pensional, así como las ventajas y desventaja. En consecuencia, se ordene su regreso al régimen de prima media y se disponga trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos y asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 26 de marzo de 1960, que inició su vida laboral el 14 de mayo de 1985, afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, donde se mantuvo hasta el 31 de octubre de 1994, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la debida asesoría e informado de manera suficiente y necesaria sobre los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir su derecho pensional, pues solo se



le dijo que se pensionaría de manera anticipada, con menos edad y en mejores condiciones económicas y que el 18 de noviembre de 2020, solicitó su traslado a COLPENSIONES, obteniendo respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que el demandante se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, además de que no se logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, siendo preciso indicar que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse el demandante a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos e innominada o genérica.

PORVENIR S.A., no atendió el llamado judicial por lo que la demandad se tuvo por no contestada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia del traslado que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Ordena a PORVENIR S.A. a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del demandante, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y ordena a COLPENSIONES aceptar el traslado del demandante junto con los rubros indicados.

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



que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente 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, la mandataria judicial de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, persiguiendo la revocatoria de la sentencia, argumentando que la afiliación del demandante al fondo privado se hizo en el ejercicio de su legítimo derecho a la libre escogencia de régimen pensional y que a la fecha el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional por faltarle menos de 10 años para arribar a la edad pensional.

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada, argumentado que no quedó plenamente probado el consentimiento viciado del demandante al tomar su libre decisión de traslado de régimen de ahorro individual, en tanto recibió la información necesaria, conforme la normatividad vigente, sin hacer uso de su derecho de retracto; que para la época en que el demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. 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 cambio a partir de la Ley 1748 de 2014 y en virtud de ello no puede imponerse dicha obligación; censura también la condena por devolución de gastos de administración señalando que son rubros de orden legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de fondos de pensiones para su funcionamiento y con su diligente manejo se generan beneficios para los afiliados, haciendo rentar su patrimonio, además que ya cumplieron su fin específico de cubrir los riesgos asegurables de la demandante; que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosa vuelvan a su estado original, no hay lugar a rendimientos, además que se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, pues no son parte integral del derecho pensional y por lo tanto prescriptibles, que debe prospera la excepción de



compensación pues los rendimientos que se generaron para el demandante deben compensarse con los gastos de administración y por último se queja de la condena en costas dado su actuar de buena fe.

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, junto con la devolución de los rendimientos y gastos de administración, si hay lugar a condena en costas a PORVENIR S.A.

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 14 de mayo de 1985 y permaneció así hasta noviembre de 1994, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada a folios 35 a 47.

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 que sí le brindó asesoría al momento del traslado de régimen pensional.



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

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

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

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



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

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

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

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, raditaciones 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 del demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

En el proceso en curso, se omitió el deber de acreditar que al actor 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 PORVENIR S.A., en cuanto la 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 hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene el demandante en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración.



La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES en cuanto considera que el demandante se encuentra válidamente afiliado a PORVENIR S.A. y que el faltarle menos de 10 años para arribar a la edad pensional hace impróspero el traslado.

Del recurso de PORVENIR S.A., en cuanto no se declaró probadas las excepciones de prescripción y compensación. Se debe clarificar que la demanda se le tuvo por no contestada, lo que releva a la Sala del estudio de estos argumentos de la alzada.

Finalmente, del reproche por la condena en costas a PORVENIR S.A, 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 la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad fue vencida en el proceso, por lo que resulta viable atender la condena en costas, de acuerdo con la norma antes citada, conforme lo considero la operadora de primera instancia.

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 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, a cargo de cada una de las citadas



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
HECTOR RICARDO BRAVO GARRETA
VS. COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-003-2021-00003-01

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 95 del 4 de mayo de 2021, emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo 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: HECTOR RICARDO BRAVO GARRERA
Correo electrónico: h.r.bravo1@hotmail.com
APODERADA: ADRIANA PATRICIA BARCO ORTIZ
Correo electrónico: apbabogados@gmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: SANDRA MILENA PALACIOS MENA
Correo electrónico:

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
APODERADO: ORLIN DAVID CAICEDO RODRIGUEZ
Correo electrónico:

DAVIDCAICEDOR67@GMAIL.COM



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
HECTOR RICARDO BRAVO GARRETA
VS. COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-003-2021-00003-01

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. 003-2021-00003-01