



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

Acta número: 45

Audiencia número: 551

En Santiago de Cali, a los diez (10) 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 095 del 14 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por EDGAR RESTREPO HAMBURGER contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado del actor al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita la confirmación de la providencia impugnada, porque dentro del plenario no hay prueba que permita inferir que al momento en que el demandante optó por trasladarse al régimen de ahorro individual se le haya brindado una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen pensional, deber que está consagrado desde el Decreto 656 de 1994, considerando que el actor fue asaltado en su buena fe, porque la única información que recibió fue sobre el valor de la mesada pensional que sería superior a la que se generaría en el régimen de prima media, por consiguiente, el



consentimiento no fue informado que conlleven a declarar la ineficacia del traslado y con ello mantener la decisión de primera instancia.

Considera la mandataria judicial de PORVENIR S.A. que no vulneró ningún derecho al demandante por no suministrar información, porque teniendo en cuenta la data de afiliación de éste, se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, norma que regulaba las AFP y no había disposición alguna que exigiera respecto a la información que debían otorgar a los futuros afiliados. Que, no obstante, el actor contaba con la posibilidad de retorno al régimen de prima media, sin hacer uso de éste, demostrando su interés en mantenerse vinculado al RAIS. Exponiendo, además, que la acción está prescrita, razón por la cual solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia.

Afirma la apoderada de COLPENSIONES que de acuerdo con los documentos que obran en el expediente se observa que el traslado que hizo la actora, goza de plena validez, además que de acuerdo con la edad que tiene actualmente la promotora de esta acción, hay prohibición de cambiar de régimen pensional de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por faltarle menos de 10 años de edad para adquirir el derecho pensional. Considera que correspondía a la actora acreditar los vicios del consentimiento a los que hace alusión, deber que no cumplió, razón por la cual no hay lugar a la nulidad del traslado que hizo al RAIS. Pero afirma en que caso de mantenerse la decisión de primera instancia, se ordene a las administradoras del RAIS convocadas al proceso, devolver al régimen de prima media no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, sino, además, las comisiones de administración, dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con el fin de dar observancia al principio de equilibrio financiero.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 459



Pretende el demandante que se declare la 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., ante el incumplimiento de las obligaciones del deber de asesoría pues no fue informado de manera veraz y completa sobre las reales ventas y desventajas de su cambio de régimen pensional. En consecuencia, se ordene su regreso al régimen de prima media y se disponga trasladar la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 30 de septiembre de 1959, que inició su vida laboral en 1984, afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, donde se mantuvo hasta el 18 de julio de 1994, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A., sin que se hubiese cumplido por parte de ese fondo con el deber de asesoría e informado de manera veraz y completa las ventajas y consecuencias reales de su cambio de régimen pensional, solo motivado por el ofrecimiento de mejores condiciones económicas y atemorizado ante la pérdida de los aportes con que contaba, y que 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

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que si bien le corresponde a PORVENIR S.A. probar que el traslado de régimen pensional del demandante fue realizado de manera voluntaria por motivaciones correctas y consientes, aquel se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen por faltarle menos de diez años para arribar a su edad pensional. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. a través de apoderado judicial al dar respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, manifestando que la afiliación del demandante tiene plena validez por



cuento no se configuró ningún vicio en el consentimiento al momento de su decisión de trasladarse de régimen pensional, habiendo recibido la información que requería para tomar una decisión libre, voluntaria, informada y consciente, aunado a que la fecha se halla inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En su defensa formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, ausencia de responsabilidad, enriquecimiento sin causa e innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara la ineficacia de la afiliación que al régimen pensional con solidaridad a través del fondo PORVENIR S.A., desde el 18 de julio de 1994 a HORIZONTE, a PORVENIR el 28 de mayo de 1998, otra vez a HORIZONTE el 20 de octubre del año 2000, y ulteriormente a PORVENIR el 13 de julio del año 2001. Condena a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluidos los rendimientos de esa cuenta de ahorro individual y que COLPENSIONES reciba de PORVENIR S.A., los rendimientos y los contabilice sin solución de continuidad como semanas cotizadas en el fondo común.

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 la apoderada de COLPENSIONES, solicita, al formular el recurso de alzada, que se revoque la sentencia argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual en la medida



que realizó su traslado en uso de su legítimo derecho de la libre escogencia de régimen pensional y con plena capacidad para consentir sobre el mismo, que la aceptación del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema por encontrarse el demandante a menos de diez años para arribar a su edad pensional y que de no proceder la revocatoria se modifique la decisión para disponer además la devolución de los rendimientos, los gastos de administración.

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.

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 17 de enero de 1984, donde permaneció hasta agosto de 1994, cuando se afilió al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR S.A., así lo deja ver la historia laboral de folios 14 a 20.

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 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, 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 pasiva 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 la apoderada de COLPENSIONES, en cuanto a que el 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, 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 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 modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., devolver, además del saldo que tiene el actor en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración, por el tiempo que administró los aportes del demandante, al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones.



La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES en cuanto considera que el demandante se encuentra válidamente vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que su regreso a esa entidad, vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, porque, como quedó dicho, él 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 del promotor de este proceso. Fíjese como agencias en derecho 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 segundo de la sentencia número 095, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro de la audiencia pública del 14 de abril de 2021, 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 del demandante, al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 095, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro de la audiencia pública del 14 de abril de 2021.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
EDGAR RESTREPO HAMBURGER
VS. COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.
RAD. 76001-31-05-013-2018-00458-01

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del promotor de esta proceso. Fijese 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: EDGAR RESTREPO HAMBURGER
APODERADO: JUAN JOSE LIZARRALDE VILLAMARIN
Correo electrónico: lizarraldeabogado@gmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: GLORIA ESPERANZA GUTIERREZ PRADO
Correo electrónico:
www.aja.net.co

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
APODERADA: GABRIELA RESTREPO CAICEDO
Correo electrónico:

GABRIELA.RESTREPO12@HOTMAIL.COM

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

(en uso de permiso)

RAD. 013-2018-00458-01