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

Acta número: 01

Audiencia número: 009

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de enero de dos mil veintidós (2022), 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 grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 135 del 12 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por DORA MERCEDES JIMENEZ RIVAS contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita se mantenga incólume la sentencia analizada en consulta en lo relacionado con esa entidad, en la medida en que esta siempre actuó con honestidad, rectitud y transparencia al efectuar la afiliación de la demandante y durante el tiempo en que administró los recursos de esta; la asesoría proporcionada fue completa, veraz y suficiente. Porvenir S.A. no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto, ninguna condena en su contra está llamada a prosperar.

De otro lado, el apoderado de la demandante, afirma que comparte la decisión de primera instancia al haber declarado la ineficacia del traslado del actor que hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado inicialmente por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, a las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, que conllevan a la aplicación de los efectos legales del afiliado, como si nunca hubiese mutado de régimen pensional, entendiéndose que siempre ha estado en el régimen de prima media. Haciendo alusión a varios precedentes jurisprudenciales, para concluir que el afiliado no hizo manifestación voluntaria del cambio de régimen pensional, máxime que las administradoras del RAIS incumplieron su deber de información, previsto éste desde el Decreto 656 de 1994.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 009

Pretende la demandante que se declare la ineficacia del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A. ante la omisión de ese fondo del deber de asesoría e información de las reales implicaciones de su traslado y como consecuencia de ello se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida y se disponga trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 28 de febrero de 1962, que inició su vida laboral el 1º de enero de 1982, afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales, donde permaneció hasta junio de 1994, cuando se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual, administrado por ING hoy PROTECCION S.A., sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la debida asesoría e informado de manera veraz y

completa sobre las implicaciones negativas de su traslado, pues sólo le ofrecieron ventajas económicas y que al solicitar su traslado a COLPENSIONES, obtuvo 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 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, consciente y voluntaria realizar el cambio de régimen, de ahí que la afiliación al RAIS sea válida, aunado a que se encuentra a menos de 10 años para arribar a la edad pensional. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

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 la actora 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 y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria. En su defensa formula las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCION S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que la vinculación de la demandante con su representada fue

producto de su decisión libre, voluntaria y sin presiones, habiendo recibido la debida asesoría, conforme la normatividad vigente, con total profesionalismo y ética. En su defensa propuso las excepcione de mérito que denominó: validez del traslado, ratificación de la afiliación, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia de la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. Ordena a COLPENSIONES aceptar el regreso de la demandante al régimen de prima media y condena a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente a la actora sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Las partes no expusieron inconformidad alguna contra la decisión de primera instancia, pero como quiera que ésta 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 la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de acuerdo con la respuesta, se definirá si es procedente ordenar que se traslade a COLPENSIONES los valores por concepto de rendimientos y gastos de administración.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el ISS, desde el 1º de enero de 1982 y lo estuvo hasta julio de 1994, cuando se hizo efectivo su traslado a ING., desde donde en enero de 1999 se pasó a PORVENIR S.A., para terminar vinculándose con PORVENIR S.A. desde junio de 1999, así lo deja ver la historia laboral allegada a folios 7 a 21.

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa haber brindado la debida asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

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

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

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

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen

de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y, además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es "la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado". Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

> *"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto original).*

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte recurrente que, con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte de la demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

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

En el proceso en curso, omitió el fondo privado, el deber de acreditar que a la actora le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí existía disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales cliente: "*conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas"*.

Ahora, como quiera que la consulta se suerte en favor de COLPENSIONES, por ser la Nación garante, se aborda el estudio respecto de los rendimientos y gastos de administración, sobre el tópico 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 de la actora, 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 modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. y PROTECCION 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.

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.

Sin Costas en esta instancia por no haberse causado.

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 135 del 12 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, en el sentido de ORDENAR a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., una vez ejecutoriada esta providencia, a realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la señora DORA MERCEDES JIMENEZ RIVAS, incluido los rendimientos y gastos de administración, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES por el tiempo que administraron sus aportes al sistema de seguridad social.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 135 del 12 de julio de 2021, emitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta,

TERCERO.- Sin Costas en esta instancia.

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: DORA MERCEDES JIMENEZ RIVAS
APODERADO: JUAN CARLOS DE LOS RIOS BERMUDEZ
Correo electrónico: bygasociados2015@gmal.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: ANGIE CAROLINA MUÑOZ SOLARTE
Correo electrónico:
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

DEMANDADO. PORVENIR S.A.
Correo electrónico: notificacionesjudiciale@porvenir.com.co
APODERADA: CLAUDIA ANDREA CANO
Correo electrónico:
agodoy@godoycordoba.com

DEMANDADO. PROTECCION S.A.
APODERADA: DILMA LINETH PATIÑO IPUS
Correo electrónico:
LINETHPATINO@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

Rad. 016-2019-00613-01