



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 010

Audiencia número:0121

En Santiago de Cali, a los ocho (08) días del mes de abril 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 188 del 18 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora ROSA ELENA MARTINEZ MARIN contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

AUTO NUMERO: 395

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES



ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de MARIA ANTONIA MARMOLEJO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.107.508.937, abogada con tarjeta profesional número 345.173 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES solicita se confirme la sentencia de primera instancia en la que se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, Considerando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, expresa la libertad que tiene el afiliado de escoger el régimen pensional, permitiendo la Ley 797 de 2003, hace el traslado entre régimen siempre y cuando al afiliado no le falten menos de 10 años para pensionarse. Por lo tanto, en cabeza de los afiliados recae la potestad de seleccionar el régimen pensional. Y en este caso la actora está a menos de 10 años para pensionarse, razón por la cual no está en la obligación COLPENSIONES de realizar el traslado del RAIS al RPM, máxime que la promotora de esta acción no acreditó vicios del consentimiento.

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

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0108



Pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado que hizo del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., ordenándosele a esa entidad que traslade a COLPENSIONES el valor de los aportes cotizados, bonos pensionales, sumas adicionales con sus frutos e intereses que posee la demandante en la cuenta de ahorro individual y que la actora sea admitida en COLPENSIONES conservando el régimen al que tiene derecho.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la promotora de esta acción que nació el 15 de febrero de 1963. Que inició su vida laboral el 07 de enero de 1992, cotizando en el régimen de prima media hasta el 31 de diciembre de 1996. Que el 01 de noviembre de 2000 firmó el formulario de traslado de régimen pensional, administrado por COLFONDOS S.A. quien en la antesala de la afiliación omitió brindarle una información veraz acerca de las diversas variables económicas y cálculos matemáticos que incluirían en el monto de la pensión de vejez, por lo tanto, el traslado al régimen de ahorro individual estuvo mediado por el errado convencimiento de que dicha situación implicaría una garantía y ventaja para su futuro pensional. Sin que se le hubiese informado sobre las consecuencias que conllevaba el cambio de régimen pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES da respuesta a la demanda, a través de mandataria judicial, oponiéndose a las pretensiones porque la selección de cualquiera de los regímenes pensionales, es única y exclusiva del afiliado, de manera libre y voluntaria. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

COLFONDOS S.A. igualmente da respuesta la acción a través de apoderada judicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, porque el cambio de régimen pensional se da en virtud del derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones que administre los aportes. Que esa entidad si brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado horizontal, asesorándola sobre las características del



régimen de ahorro individual, funcionamiento del mismo, diferencias en relación con el otro régimen, habiéndose cumplido con todos los presupuestos de ley y el formulario de vinculación contiene la firma de la demandante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento. Plantea las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la A quo declara la ineficacia del traslado de régimen de prima media administrado por COLPENSIONES efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. el que tuvo lugar el 01 de enero de 2001. Impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la afiliada. Ordena a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos que conformar el capital de la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la administradora del régimen de ahorro individual aquí demandada. No dar prosperidad a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad del traslado de régimen pensional, al no haberse acreditado por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas, el cumplimiento de su deber de información sobre las características de cada régimen pensional y las implicaciones que conllevaban el traslado. Consideró igualmente que se debe transferir al régimen de prima media todos los aportes, rendimientos, gastos de administración de conformidad con el artículo 1746 del CC y pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el tema.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Las partes no expresaron inconformidad alguna contra la sentencia de primera instancia, llega a esta Corporación, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, 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 aportes, rendimientos y gastos de administración que se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante

Entra la Sala a resolver el primer 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 ineficacia, frente a dicha afirmación la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, expuso en su defensa que si le brindó asesoría y que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria y en señal de ello suscribió los formularios de vinculación.

Dentro del material probatorio, se encuentra aportado el formulario de afiliación que suscribió la actora a COLFONDOS S.A. en el mes de noviembre de 2000 (fl. 18), además se acompañó copia de la historia laboral que lleva COLPENSIONES, observándose que cotizó desde el 07 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1996 (fl.20)

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 de 1993). 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 Constitución Política 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.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, 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...”

La Sala comparte la conclusión expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL. 3349 del 2021, Magistrado Ponente: Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, que ha precisado:

“Existe ineficacia de la afiliación cuando: i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado que impida su acceso a la



prestación, ii) La simple suscripción del formulario no es suficiente, sino el cotejo con la información dada, la cual debe corresponder a la realidad, iii) En los términos del artículo 1604 del CC corresponde a las administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993”

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

Sobre condenas impuestas a la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, sobre transferir además de los aportes, rendimientos, lo que corresponde a los gastos de administración; esta Sala acoge las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421, SL 4360 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3349 de 2021, en la que esa Corporación precisó que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acude al artículo 1746 del Código Civil que hace referencia a las restituciones de la cosa, con los intereses y frutos. Precisando:

“El traslado del régimen pensional encuentra regulación sobre los recursos en él involucrados en el artículo 113 del Ley 100 de 1993, en el literal a), para cuando el traslado se produce del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, caso en el cual habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y, en el literal b), cuando la migración se efectúa del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, evento que comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización, Entonces hay lugar a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ROSA ELENA MARTINEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRO
RAD. 76-001-31-05-006-2019-00209-01

ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

Frente a la devolución de aportes, resulta imperioso remitirnos igualmente a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2601 de 2021 en la que se reitera el pronunciamiento expuesto en providencia SL2877-2020, en la que preciso que la devolución de aportes, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Lo que conllevará a modificarse la sentencia de primera instancia, ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la administradora del régimen de prima media con prestación definida, a fin de que incluya además el capital correspondiente a los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima. Sumas que devolverá debidamente indexadas.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos presentados por los apoderados de la parte pasiva en los alegatos de conclusión.

Sin Costas 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:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ROSA ELENA MARTINEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRO
RAD. 76-001-31-05-006-2019-00209-01

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 188 del 18 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta, en el sentido de ordenar a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. que traslade a COLPENSIONES tanto los aportes y los rendimientos, como los gastos de administración, los intereses y frutos, el bono pensional –si lo hubo durante el tiempo en que estuvo afiliada la actora al régimen de ahorro individual, además, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y a las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 188 del 18 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta.

TERCERO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

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-lasala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE: ROSA ELENA MARTINEZ MARIN

APODERADO: SERGIO PEREZ BRAVO

SERGIOPBPENSIONES@YAHOO.COM.CO

DEMANDADOS:

COLPENSIONES.

APODERADA: MARIA ANTONIA MARMOLEJO

secretariageneral@mejiaayasociadosabogados.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ROSA ELENA MARTINEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRO
RAD. 76-001-31-05-006-2019-00209-01

COLFONDOS S.A.
APODERADA: MARIA ELIZABETH ZUÑIGA
MARIAEZU@GMAIL.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. 006-2019-00209-01