



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 36

Audiencia número: 395

En Santiago de Cali, a los siete (07) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 297 del 15 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por la señora ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ contra COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO: 1161

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 PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.113.673.467, abogada con tarjeta profesional número 295.535 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 emite.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de COLPENSIONES, al formular alegatos en esta instancia, expresa que de conformidad con la ley, en cabeza de los afiliados recae la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse y esa voluntad se expresa con la suscripción del formulario de afiliación, a la luz del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Considerando, además, que a la parte actora le corresponde acreditar los vicios del consentimiento configurados al momento del traslado, deber que omitió la parte actora, razón por la cual considera que la providencia de primera instancia debe ser revocada.

De otro lado, la mandataria judicial de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. solicita la revocatoria de la providencia impugnada, argumentando que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, porque no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de una nulidad relativa, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo. Que no se puede obviar el consentimiento informado para su libre escogencia el que se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación. Considera que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración, por cuanto la comisión de administración está direccionada a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones que hacen parte del Sistema General de Pensiones.

Por último, la mandataria judicial de PORVENIR considera que debe ser revocada la sentencia de primera instancia, porque para la época cuando la actora se afilia a esa administradora de pensiones, se cumplió con la obligación de dar información a la demandante en los términos que tenía la ley en ese entonces, es decir, se le brindó asesoría de manera verbal y el actor firmó el formulario de vinculación, sin que estuviera obligada a realizar proyecciones



pensionales escritas. Además, que la consecuencia jurídica al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, es entender que el vínculo nunca existió, por lo tanto, la demandante no estuvo afiliado al RAIS, nunca ingresaron aportes a la cuenta de ahorro individual y de esta manera es imposible transferir rendimiento, los que sólo se han generado dada la buena gestión de realizada por esa entidad demandada. Argumento igualmente sirve para declarar improcedente la devolución de los gastos de administración

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 331

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES al régimen de ahorro individual que administra OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en consecuencia, de lo anterior, debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, conservando el régimen al que tiene derecho. Además, que se ordene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que hubiere causado. Reclamando que, con la conducta indebida, deberá la demandada asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación a la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la actora que nació el 30 de enero de 1960, que se afilió al régimen de prima media con prestación definida, que para esa época estaba en cabeza del ISS, hoy COLPENSIONES y que corresponden al período del 21 de junio de 1982 al 30 de junio de 1994, cotizando 574 semanas. Que se afilió al régimen de ahorro individual con la administradora OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. desde el 01 de junio de 2010, encontrándose aún vigente esa afiliación.



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2016-00203-01

Que el 15 de abril de 2016 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa. Igual petición formuló a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a quien, además, le pidió el traslado de todos los aportes de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, por el engaño de que fue objeto al momento del traslado de régimen pensional. Petición que fue negada, por haber suscrito formulario de vinculación al RAIS con HORIZONTES, hoy PORVENIR S.A. el que se hizo efectivo el 01 de noviembre de 1996.

Que la actora no recibió la suficiente información al momento de afiliarse al fondo privado, acerca de los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir el derecho a la pensión de vejez, sin que se le hubiese indicado el valor del monto de su pensión, ante la falta de una proyección de la misma ni se le dijo sobre la posibilidad de retractarse.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES a través de mandatario judicial da respuesta, oponiéndose a las pretensiones, argumentando que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. siempre suministra toda la información y asesoría completa y necesaria para que sus clientes, potenciales afiliados y ciudadanía en general, conozcan los productos y servicios, sin que de ningún modo se les instruya para engañar, omitir información o violar la ley. No debiéndose acceder a las pretensiones de la parte actora por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos. Plantea las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal e innominada.

De otro lado, el apoderado de la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opone igualmente a las pretensiones de la demanda, porque la vinculación de la demandante con esa entidad fue el 30 de abril de 2010, no como traslado de régimen pensional, sino como traslado de administradora de fondo de pensiones, proveniente de BBVA HORIZONTES



PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A. e inicialmente se había vinculado con PROTECCION S.A. y con esa entidad fue que se produjo el traslado de régimen pensional el 21 de julio de 1994, traslado que cumplió con todos los requisitos legales, como era el haberle brindado a la actora toda la información respecto de las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales y la demandante suscribió el formulario con tal conocimiento de causa y aceptación, permaneciendo en el RAIS por más de 23 años.

En su defensa formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia de merma del capital en la cuenta de ahorro individual de la actora, inexistencia de deterioros en la cuenta de ahorro pensional, ausencia de prueba efectiva del daño y ausencia de responsabilidad atribuibles a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., buena fe de la entidad demandada, petición antes de tiempo, compensación y la innominada o genérica.

El mandatario judicial de la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. solicitó integrar el litis consorcio necesario, citando al proceso a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., petición atendida por el despacho judicial, quien al dar respuesta se opone a las pretensiones de la nulidad de traslado de régimen pensional de la actora, porque la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la sección la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones. Además, que dentro de las oportunidades legales no hizo uso del retracto. Formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado de la actora al RAIS, compensación, buena fe de la demandada y la innominada o genérica.

Se vinculó como litis consorte necesario por pasiva a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., entidad que a través de mandataria judicial se opone al petitum demandatorio, porque la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho en

que sustenta la nulidad de la afiliación. Planteando excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual el operador judicial resolvió:

1. Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, generar el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.
2. Condenar a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado de la demandante.
3. Condenar a PROTECCION S.A., a PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado de la demandante por el tiempo que haya estado afiliada a cada una de las administradoras de pensiones del RAIS.
4. Condena a COLPENSIONES a recibir a la actora en el régimen de prima media con prestación definida y recibir las sumas provenientes de PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS, para mantener la estabilidad financiera y financiar la prestación económica como administradora del régimen de prima media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.
5. “Que una vez ejecutoria la presente providencia, la actora estará facultada para reclamar a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le deberá ser reconocida siempre y cuando acredite el cumplimiento de los requisitos legales, sin que sea posible que para dicha entidad, negar el reconocimiento del derecho bajo el argumento de que las AFP demandadas no le han trasladado el capital y el saldo de la cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la decisión”.



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2016-00203-01

Para arribar a las anteriores conclusiones el operador jurídico se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad del traslado de régimen pensional, habiéndose omitido por parte de las administradoras de pensiones, en especial por PROTECCION S.A. que le habían brindado a la actora toda la información necesaria y suficiente para que ella tomara la decisión que más le convenía a sus intereses pensionales, los que prevalecen sobre los intereses económicos de las demandadas. Declarando la ineficacia del traslado, la que no se subsana con el paso del tiempo como lo pretende una de las entidades de la parte pasiva. Además, afirma que dada la declaratoria de ineficacia se debe devolver todo el capital de la cuenta de ahorro individual con rendimientos, gastos de administración y comisiones, los que se deben transferir al régimen de prima media con el fin de financiar la pensión, así se hayan causado, por lo que las AFP deberán responder por su valor con los recursos propios de cada una de esas entidades.

Refiere el A quo a la solicitud presentada por el apoderado de la actora, referente al reconocimiento de la pensión de vejez, la que fue incoada de manera extemporánea, por ello la califica de improcedente, porque las facultades extra y ultra petita consagradas en el artículo 50 del CPL y SS, sólo es aplicable cuando los hechos hayan sido discutidos dentro del proceso, lo que lleva implícito, que las partes hayan tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, circunstancia que no se presentó en este asunto, en especial por parte de COLPENSIONES, por lo tanto, se vulneraría el debido proceso.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte pasiva formulan el recurso de alzada, bajo los siguientes argumentos:

La apoderada de PROTECCION S.A. censura la orden de transferir lo que corresponde a gastos de administración por el tiempo de afiliación de la demandante, argumentado que éstos

son legales, donde esa entidad administró los dineros de la actora de manera diligente, que se evidencia con los rendimientos generados, por lo tanto, se tratan de gastos ya causados.

La mandataria judicial de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la providencia impugnada porque no hay razones para acceder a las pretensiones de la demanda, dado que esa entidad atendió la ley vigente al momento de la vinculación de la actora, además, esa administradora no fue la primera que recibió a la actora en el régimen de ahorro individual, y a la demandante se le brindó información, hizo múltiples afiliaciones horizontales, por lo tanto, PORVENIR S.A. no estaba en obligación de rechazar el cambio de administradora que hizo la actora a esa entidad, proveniente de PROTECCION S.A. Censurando además la orden de transferir los gastos de administración. Que la declaratoria de ineficacia conlleven a que las cosas regresen a su estado anterior, por lo tanto, se debe entender que nunca estuvo afiliada en el RAIS, que conlleven a no se generan los rendimientos ordenados a transferir.

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. pretende la revocatoria de la providencia de primera instancia, argumentando para tal fin, que la declaratoria de ineficacia es improcedente, porque no hay pruebas que conlleven a acreditar actos que atenten al derecho a la seguridad social, porque se requería demostrar actos dolosos, en atención al artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Si existiesen vicios del consentimiento, se entendería no una ineficacia del actor jurídico sino una nulidad relativa, pero no se verifica en este caso que se hubiese evidenciado que se incurrió en un error en la toma de decisión por la parte actora y esto sería un error de derecho, por la naturaleza del RAIS. Que se debe tener en cuenta que la actora se vinculó de manera consiente ante esa administradora y ante los otros fondos convocados al proceso, habiendo recibido una información sobre su futuro pensional y no puede pretender después de más de 23 años en el RAIS y más específicamente, más de 10 años vinculada con OLD MUTUAL, endilgarle responsabilidad a esas administradoras de una decisión que fue propia de la actora, porque nunca se le presionó para que cambiara el régimen de transición, lo único que se exigía era el diligenciamiento del formulario. Solicita de manera subsidiaria que se revoquen las condenas que tienen que ver con la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta, que ellos están direccionados a la administración del régimen y que se generan en ambos regímenes, que de ordenarse que se devuelvan, es generar un enriquecimiento sin



causa y pago de lo no debido a COLPENSIONES, porque ellos retribuyen la gestión de las administradoras de pensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia, es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de 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

De conformidad con los argumentos expuestos al formular la alzada y la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, 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 que se encuentren dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus respectivos rendimientos causados y gastos de administración.

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 nulidad, frente a dicha afirmación los fondos privados demandados expusieron en su defensa que si le brindó asesoría.

Dentro del material probatorio, se encuentra aportado el formulario de afiliación que suscribió la actora con SKANDIA S.A. fechado el 30 de abril de 2010 como se observa a folios 28, además se incorporó al plenario la historia laboral que lleva COLPENSIONES (fl. 19), donde se observa que la actora bajo el régimen que administra esa entidad permaneció del 21 de junio de 1982 al 30 de junio de 1994. Además, la historia laboral que lleva OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. permiten observar que la demandante estuvo también vinculada inicialmente con PROTECCION S.A. y luego se trasladó a HORIZONTES S.A. (fl. 29)

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 adocinado 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 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 tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta de la demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. 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.

Se debe mantener la decisión del A quo, que ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. Si bien, es necesario aclarar que esta 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 acogiendo 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)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia.

Ahora bien, la nulidad conlleva a que el estado de cosas, regrese a como se encontraban antes del traslado, así lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017, cuando señala:

“Al tema, es pertinente precisar que cuando se configuran los elementos de juicio necesarios para declarar la nulidad del traslado realizado entre el régimen de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, la consecuencia jurídica es que las cosas retornen al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual, conforme a las previsiones del artículo 1746 del Código Civil que, en lo pertinente, establece: «La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita».

Al aplicar las consecuencias que genera la nulidad de traslado, conllevará a que COLPENSIONES reciba nuevamente a la actora en el régimen de prima media con prestación definida como lo ordenó el A quo.

Igualmente, resalta la Sala que si bien, la demandante tuvo varias afiliaciones en el RAIS, la nulidad ocasionada al momento del traslado de régimen no convalida con los sucesivos traslados de fondos, estando en el interior del mismo régimen o su permanencia en éste por un periodo considerable.

Dentro del contexto de esta providencia se han analizado los argumentos presentados por las apoderadas de las partes en los alegatos de conclusión.

Costas esta instancia a cargo de PROTECCION S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2016-00203-01

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 297 del 15 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, Valle, objeto de apelación y consulta

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a favor de la demandante. Fijándose como agencias en derecho, en esta instancia, en el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad demandada.

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: ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ

APODERADO. EDGAR EDUARDO TABARES VEGA

Correo:

ASESORIASTABARES@HOTMAIL.COM

DEMANDADO. COLPENSIONES

APODERADA: PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA

Correo electrónico:

secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

DEMANDADO. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

APODERADO: LUIS FELIPE ARANA

Correo:

lfarana@une.net.co

INTEGRADOS EN LITIS



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

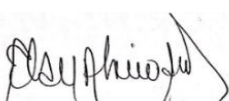
ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ANA JULIA RESTREPO DOMINGUEZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2016-00203-01

PROTECCION S.A.
APODERADA: MARIA ELIZABETH ZUÑIGA
CORREO:
mariaezu@gmail.com

PORVENIR S.A.
APODERADA: MARIA ALEJANDRA SERRANO
Correo:
www.godoycordoba.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. 011-2016-00203-01