



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 08

Audiencia número: 096

En Santiago de Cali, a los veinticuatro (24) días del mes de marzo 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 recurso de apelación formulado contra la sentencia número 208 del 06 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por GRATINIANO PALOMINO DAZA contra COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A. Se integró a la NACION -MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.

AUTO NUMERO: 645

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

El apoderado del actor, al presentar alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita sea confirmada la providencia impugnada, presentando como sustento de esa petición varios precedentes de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la nulidad o ineficacia del traslado, que surgen ante la omisión por parte de la administradora del régimen de ahorro individual de información, la que de debió ser la antesala de la vinculación al RAIS. Por lo tanto, existieron vicios del consentimiento que llevan a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Además, afirma que el demandante tiene acreditados los requisitos legales para ser derecho de la pensión de vejez.

La mandataria judicial 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 del demandante, éste se encuentra 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 el promotor 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. 086

Pretende el demandante que se declare la nulidad de la vinculación que hizo al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, ordenándose a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, además el reconocimiento de la pensión de vejez desde su causación, con aplicación de los reajustes legales, retroactivo pensional y el pago de intereses moratorios.

En sustento de esas pretensiones manifiesta que nació el 21 de diciembre de 1956, que estuvo afiliado al sistema general de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el 01 de junio de 1980 hasta el 01 de agosto de 1997. trasladándose el 30 de julio de 1997 a PORVENIR S.A., vinculación que se dio sin ningún tipo de información respecto de las características del fondo, incumpliendo con el deber de información.

Que mediante comunicación del 08 de marzo de 2019, PORVENIR S.A. le reconoce la pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Que el 09 de agosto de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la pensión de vejez, lo cual fue resuelto desfavorablemente.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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 el actor se hizo en forma consciente y espontánea, de manera libre e informada, 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, además que no se debe desconocer que el demandante ya no tiene calidad de afiliado al sistema general de pensiones, sino de pensionado desde el año 2019 por PORVENIR S.A. razón por la cual no es viable solicitar su retorno al RPM. En su defensa formula las excepciones que denominó: falta de integración del litisconsorte necesario, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

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, pues fue realizada de forma libre y voluntaria por el afiliado, y PORVENIR S.A. le reconoció en su favor la pensión de vejez. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su contestación de demanda señaló: que el demandante se encuentra vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad “RAIS” desde el 30 de Julio de 1997 cuando suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, vinculación que se produjo por traslado de Régimen. Debiendo, el actor demostrar los “supuestos” engaños de que fue objeto por parte de la AFP PORVENIR y que afirma el apoderado de la parte actora fueron la razón principal que llevaron a su poderdante a concretar su “Traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS”

En su defensa formula las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, no accede a declarar la nulidad del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual que administra PORVENIR S.A., al dar prosperidad a las excepciones de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR; a



la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES; y a las de inexistencia de la obligación e imposibilidad del traslado de pensionados, propuesta por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO –OBP, absolviéndolas de las pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión la A quo señala que el Actor ya es pensionado según lo expuesto en el hecho séptimo de su demanda, lo cual fue corroborado en las contestaciones de la demanda por parte de PORVENIR, COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA CREDITO PUBLICO – OBP, respectivamente, configurándose una situación jurídica consolidada que impide que pueda entrarse a resolver de manera favorable sobre el traslado de régimen al que él aspira. Este mismo caso en particular fue tratado y definido en la Sentencia SL 373 de 2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora interpone el recurso de alzada persiguiendo la revocatoria de la sentencia, señalando el incumplimiento del deber del buen consejo que recae en PORVENIR S.A., que el derecho a la libre escogencia de afiliación es inviolable, so pena de dejar sin efectos dicha afiliación. En el caso particular PORVENIR S.A. tenía el deber de información, situación que no ocurrió y por tanto la afiliación se encuentra viciada y debe ser invalidada, debiéndose reparar al actor.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando se encuentra disfrutando de una pensión de vejez.

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 01 de junio de 1980 hasta el 01 de agosto de 1997, trasladándose el 30 de julio de



1997 a PORVENIR S.A. Que mediante comunicación del 08 de marzo de 2019, PORVENIR S.A. reconoce pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo. Así se desprende de la prueba documental allegada al expediente digital.

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; es nula o ineficaz.

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 consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Ahora bien, la ineficacia 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; consecuencia sólo aplicable a quienes no se les ha reconocido el derecho pensional por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, consideración que la Sala fundamenta en lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 373, radicación 84475 del 10 de febrero de 2021, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“...Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.”

Dicho lo anterior, en el expediente digital reposa reclamación de prestaciones económicas ante PORVENIR S.A. con fecha del 22 de enero de 2019, solicitando pensión de vejez, posteriormente dicha entidad aprobó la pensión de vejez en modalidad de GARANTIA DE

² SL1688-2019, SL3464-2019



PENSION MINIMA, tal como lo señala el demandante en su libelo de demanda, corroborado por las entidades demandadas en sus contestaciones, es decir, al actor se le fue aprobada la pensión de vejez y ha venido percibiéndola continuamente, por lo tanto, al haberse reconocido al actor la pensión de vejez por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que no es posible revertir, lo que conllevará a no accederse a las súplicas de la demanda y confirmarse el proveído de primera instancia.

Finalmente, con relación a la condena en costas a la parte demandante, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...”* por lo que no resulta viable atender la súplica de la parte recurrente, en el sentido de exonerarla de la condena en costas de acuerdo con la norma antes citada.

Dentro del contexto de estas providencia se ha realizado el análisis correspondiente a los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes ante esta instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a cada entidad demandada.

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,



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
GRATINIANO PALOMINO DAZA
VS. COLPENSIONES Y OTRA.
RAD. 76001-31-05-006-2019-00576-01.

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 208 del 06 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente, que cancelará a 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-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: GRATINIANO PALOMINO DAZ
APODERADO: MATEO SIERRA CASTAÑEDA
Correo electrónico logistica@acevedogallegoabogados.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES:
APODERADA: MARIA ANTONIA MARMOLEJO
Correo electrónico gcano@mejiasociadosabogados.com

PORVENIR S.A.
APODERADO: FEDERICO URDINOLA LENIS
Correo electrónico furdinola@gmail.com

NTEGRADA A LA LITIS: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO OBP
Apoderado SANDRA MONICA ACOSTA GARCIA/ LUZ HELENA USSA BOHORQUEZ
Correo electrónico notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
GRATINIANO PALOMINO DAZA
VS. COLPENSIONES Y OTRA.
RAD. 76001-31-05-006-2019-00576-01.

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

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

Rad.006-2019-00576-01