



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 031

Audiencia número:420

En Santiago de Cali, a los seis (06) días del mes de octubre 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, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 070 del 16 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por WILFRIDO ERAZMO TAPIA HAMBURGER contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Integrado en litis UGPP.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de PORVENIR S.A. al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, afirma que el juzgador de primera instancia error al declarar la ineficacia de la afiliación, porque esa entidad actuó, dentro del marco legal que regulaba el deber de información encabeza de las administradoras de fondo de pensiones vigente para el año 2000, esto es dentro de los parámetros establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 2012. Información que se entregó de manera verbal y el único documento que se exigía era el formulario de afiliación, el que suscribió el actor de manera voluntaria. Además, en el devenir el demandante estuvo vinculado con varias administradoras de pensiones, que deben ser considerados como verdaderos actos de relacionamiento que permite suponer el deseo incuestionable de querer continuar en el RAIS, Igualmente expresa la improcedencia del traslado de gastos de administración y la aplicabilidad de la excepción de prescripción. Solicitando la revocatoria de la providencia de primera instancia.



El apoderado de la UGPP, refiere que en asunto, demanda la parte actora la ineficacia del traslado de régimen pensional, bajo este entendido y como se indicó en la contestación a la demanda, la entidad que represento ni se opone ni se allana a las pretensiones de la demanda, ya que para la fecha en que se afirma que la demandante se trasladó de régimen pensional, la UGPP no había nacido a la vida jurídica, y desde su creación (ley 1151 de 2007) se estableció, para lo que nos interesa, como su función, el reconocimiento de las obligaciones del régimen de prima media a cargo de las entidades públicas del orden nacional que estén o se hayan liquidado, de manera que, nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado. De manera que, lo anterior ratifica que las obligaciones de la UGPP en materia pensional están dadas única y exclusivamente para cubrir las prestaciones de entidades que siendo liquidadas tenían a su cargo dichas obligaciones, es decir, que la Unidad no tiene a su cargo la afiliación de nuevos cotizantes y menos el reconocimiento de prestaciones actuales y/o futuras, salvo aquellas, que como se dijo se habían consolidado en entidades ya liquidadas y que fueron recibidas por la entidad. Sin embargo, ha de aclararse que la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, establece entre las características del Sistema General de Pensiones, la facultad de los afiliados de escoger libremente el régimen de pensiones que prefieran, esto es, el afiliado puede escoger entre el régimen de ahorro individual con solidaridad o el régimen de prima media con prestación definida, situación a la que no fue ajena la demandante según lo discutido en el plenario.

Considera la mandataria judicial de Colpensiones, que no es procedente la nulidad del traslado que hizo el actor al RAIS debido a que PORVENIR que es una empresa de reconocida trayectoria, ha cumplido con los estándares de calidad del servicio, brindando información oportuna y veraz a las personas que lo soliciten, actuando bajo principios de honestidad y que solo a partir del 2018 es que el actor responsabiliza a esa entidad de una decisión que fue propia de él y que tomo de manera libre y voluntaria.

El apoderado de la parte actora, afirma que no se logró demostrar de manera eficiente e inequívoca que al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional se le hubiese



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

brindado al actor una verdadera asesoría la que tiene incidencia en el futuro pensional, por lo tanto, esa omisión causa un perjuicio grave y con ello la atención a las pretensiones de la demanda.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0376

Pretende el demandante que se declare que PORVENIR S.A. al trasladarlo de CAJANAL hoy COLPENSIONES el 30 de junio de 1994, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado una información pertinente, veraz y oportuna respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el cambio de régimen pensional. En consecuencia, de lo anterior, se decrete la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual y se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar al régimen de prima media los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS. Debiendo COLPENSIONES aceptar ese traslado.

En sustento de esas pretensiones, anuncia el actor que nació el 05 de noviembre de 1956, que se vinculó con el empleador Instituto Colombiano Agropecuario desde el 02 de septiembre de 1988, efectuando sus aportes a la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL, hoy administrado por COLPENSIONES.

Que el 30 de julio de 1994, el actor se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. atendiendo las instrucciones del Ejecutivo de Cuentas, sin que mediara una asesoría, convencido de que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

PORVENIR S.A. por medio de apoderado judicial se opone a las pretensiones, porque la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y el que se presume auténtico. Que en todo caso se debe dar aplicación a las restricciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Que no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración porque configura un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución., Formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones porque corresponde a PORVENIR S.A. demostrar que el traslado de régimen pensional que hizo el actor fue realizado de manera voluntaria, por motivaciones concretas y consientes, que se realizó un estudio de las circunstancias del demandante, quien se encuentra inmerso en la prohibición del cambio de régimen por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Que la devolución corresponde a todos los recursos del saldo de la cuenta de ahorro individual, comisiones de administración, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro de invalidez y sobrevivencia. Valores que deben ser trasladados debidamente indexados. En su defensa formula las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios del consentimiento, buena fe, prescripción e innominada.

Se vincula a la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, quien al dar respuesta a través de mandatario judicial se opone a que se declare que PORVENIR al momento de efectuar el traslado de régimen del demandante no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información necesaria, porque son situaciones ajenas a esa entidad y que serán debatidas a lo largo del proceso, además que se debe tener



en cuenta que el demandante está inmerso en la prohibición del traslado de régimen por encontrarse dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad legal requerida para el reconocimiento pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación demandada respecto a la UGPP, buena fe de la entidad demandada y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

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

1. Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.
2. Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación en favor de la Unidad de Gestión y Parafiscales UGPP
3. Declarar la ineficacia del traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que tuvo como fecha efectiva el 30 de julio de 1994, proveniente de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.
4. Condenar a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, contenidos en su cuenta individual de ahorro, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados.
5. Condena a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del demandante.
6. Condena a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que reciba de PORVENIR.



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

Para arribar a las anteriores conclusiones, el A quo, se apoya en varios precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integral al actor sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia las apoderadas que representan las entidades que conforman la pasiva, presentan los siguientes argumentos, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada.

COLPENSIONES, considera que el actor no logró demostrar que hubiese existido una indebida asesoría por parte de la administradora del régimen de ahorro individual, por lo tanto, no se configuran los elementos para que el demandante regrese al régimen de prima media, porque la inconformidad radica en el valor de la mesada pensional, Que el actor nunca se acercó ante PORVENIR a buscar asesoría adicional y por el contrario a permanecido por muchos años en el RAIS. Censura la condena en costas.

Expone la apoderada de PORVENIR S.A. que esa entidad ha dado cumplimiento cabal al deber de información que regía para la data en que el actor hace la vinculación con esa entidad, para que él tomara una decisión informada. Que se debe tener en cuenta que para esa data solo bastaba firmar el formulario de vinculación, y se está imponiendo a la demandada unas formalidades que no regían para esa calenda. Además, que el actor también pudo documentarse porque se trata de una persona capaz y utilizó varias características propias del RAIS, como fue hacer aportes voluntarios y con sus actos ratificó su voluntad de estar en ese régimen pensional, porque pudo regresar a Colpensiones y no lo hizo. Afirmando que la nulidad no se genera por no cumplir las expectativas del valor de la pensión. Igualmente censura la orden de la devolución de los emolumentos, entre ellos los gastos de administración, porque si se declara la ineficacia de la afiliación se debe entender que esa entidad nunca administró el capital del demandante y no se generaron los conceptos que se



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

están ordenando transferir a COLPENSIONES. Porque los gastos de administración tienen una destinación especial y están en ambos regímenes pensionales y desde el año 2007 Colpensiones no realiza ninguna gestión de administración, por lo tanto, ordenarle la entrega de éstos a ese fondo, genera un enriquecimiento sin causa a Colpensiones y un detrimento financiero a la demandada. Las primas de seguros tampoco se pueden regresar porque ya fueron rublos ya tuvieron su destinación, porque se pagaron a la aseguradora.

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

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que hizo el demandante al RAIS y por último si hay lugar a imponer condena en costas a cargo de la parte pasiva de la litis.

Para darle solución a esa controversia, se allegó con la demanda copia del formulario de vinculación que suscribió el actor con PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1994. Documento que hace parte de los anexos de la demanda y del cual también se extrae como información que el actor antes estaba vinculado con CAJANAL.

Antes de expedirse la Ley 100 de 1993, sólo existía un régimen pensional, conocido a partir de la vigencia de esa ley, como régimen de prima media con prestación definida, que era administrado por las Cajas de Previsión Social y por el Instituto de Seguros Sociales, y con la nueva ley de seguridad social, se concentró en el ISS todas las cajas de previsión social, ordenando la liquidación



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

de éstas, donde claramente el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, le asignó competencia para la administración del régimen de prima media con prestación definida al ISS. Por consiguiente, el tiempo de vinculación de la actora con CAJANAL, se debe entender que estuvo vinculada en el régimen de prima media.

Pasa la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad o ineficacia. Frente a dicha afirmación el fondo de pensiones demandado expuso en su defensa que sí brindaron 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. Así lo recordó nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 373, radicación 84475 del 20 de febrero del 2021. Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, retomando los pronunciamientos realizados por esa corporación en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, puntualizando:

“La obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.”

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”



De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha tenido 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).

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque 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 la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplió con el deber de haberle brindado al demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional.

Con respecto a la orden dada a la administradora de pensiones demandada, a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. La Sala cambia el criterio



expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala 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. Como lo ha precisado nuestro órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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, razón por la cual se mantendrá la sentencia de primera instancia, al haber incluido dentro del capital a transferir por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, al régimen de prima media, lo que corresponde a las sumas adicionales y fondo de garantía de pensión mínima, valores todos que deberá reintegrar de manera indexada.

Ante la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración, así como las sumas adicionales y lo correspondiente al fondo de garantía mínima a COLPENSIONES, conlleva a que no se vulnere el principio de sostenibilidad del sistema, porque con esas sumas se pagará la pensión que oportunamente se causen.

Encuentra la Sala que no ha operado el fenómeno extintivo de las obligaciones, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, cuyo aparte es del siguiente tenor.:

“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución



Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno.

Tampoco es procedente declarar probada la excepción respecto a las obligaciones impuestas a la administradora del RAIS llamada al proceso, como es la de transferir los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos y demás emolumentos antes citados, porque éstos tendrán incidencia en el valor de la mesada pensional, derecho que es imprescriptible y como se anunció en líneas anteriores, se deben devolver éstos para no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.

Hay lugar a imponer costas a cargo de la pasiva por cuanto los argumentos de defensa no fueron atendidos y de conformidad con el artículo 365 del CGP, norma aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL y SS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del promotor de esta acción. Fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades citadas.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

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 070 del 16 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO- COSTAS en esta instancia cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción. Fijándose como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades citadas.

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: WILFRIDO ERAZMO TAPIA HAMBURGER
APODERADA: DANIELA VIVIANA CIFUENTES SUAREZ
Judicial@abogar.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES:
APODERADA: FRANCY LILIANA HUACA RIOS
Francy.huaca@hotmail.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
WILFRIDO ERASMO TAPIA HAMBURGER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76-001-31-05-020-2020-00026-01

PORVENIR S.A.
APODERADA: ANA MARIA RODRIGUEZ MARMOLEJO
ANA.MARIARM@HOTMAIL.COM

UGPP
APODERADA: SARA MANUELA ARROYAVE MARTINEZ
Sara_arromar92@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. 020-2020-00026-01