



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 27

Audiencia número 243

En Santiago de Cali, a los tres (03) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA 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 449 del 16 octubre de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARIA CRISTINA LOPEZ GOMEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de PORVENIR S.A. formuló alegatos de conclusión, señalando que la omisión en la información que se le tilda en el fallo censurado, no es cierta, porque ésta se encuentra dispuesta en la misma ley, citando el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 e 1993, además, del artículo 13 de la misma ley, así como los decretos 692 y



1161 de 1994, que hacen alusión a las características del régimen de ahorro individual; e igualmente cita el concepto de la Superintendencia Financiera número 2015123910-002 de 2015 en el cual se explican los alcances de la asesoría para la fecha de traslado. entonces el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley por prohibirlo expresamente el artículo 9 del código civil.

El apoderado de COLPENSIONES, argumenta en los alegatos formulados en esta instancia, que de conformidad con el artículo 13, literal (e) ibidem, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, se pueden hacer traslados entre regímenes pensionales, por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, pero no pueden hacerse éstos cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho pensional. Que a la actora le faltan 4 años para cumplir el requisito de la edad (57 años) para obtener el derecho a la pensión de vejez y que la fecha límite para realizar dicha solicitud era el 18 de septiembre de 2013. Por consiguiente, no se pudo ordenar el traslado y por ello solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia.

Haciendo uso de la misma facultad, la apoderada de la demandante solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, porque se demostró dentro del trámite del proceso que la administradora del régimen de ahorro individual no cumplió con su deber de información al momento del traslado de la actora.

Como quiera que en esta instancia no se decretaron pruebas, a continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 237

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la afiliación y posterior traslado que hizo del ISS al régimen de ahora individual con solidaridad



administrado por PORVENIR S.A. por no haberse hecho de conformidad con el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. Solicitando se ordene a PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC. Además, se ordene a COLPENSIONES que proceda a recibir por parte de PORVENIR S.A la totalidad de lo ahorrado por la actora en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 19 de septiembre de 1965, que inició su vinculación laboral prestando sus servicios desde el 16 de agosto de 1984 hasta abril de 1996, data para la cual se trasladó a PORVENIR S.A. habiendo recibió una asesoría errada y engañosa para afiliarse al fondo privado, y esa entidad no le informó sobre la posibilidad de retractarse de su afiliación.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial se opone a las pretensiones, porque con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logra inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones y prescripción.

PORVENIR S.A. igualmente se opone a las pretensiones, argumentando que a la actora si le brindó asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz, sobre las implicaciones de la decisión de trasladarse al régimen de



ahorro individual con solidaridad, razón por la cual, la demandante, de manera libre, voluntaria y espontánea se trasladó de régimen pensional, sin que en ningún momento se le esté vulnerando el derecho a pensionarse, toda vez que el caso bajo estudio carece de nulidad absoluta pero atiende a una nulidad relativa que conforme al Código Civil y al paso del tiempo, se encuentra subsanada. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva, declara la ineficacia del traslado que la demandante hizo del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A. y en consecuencia esa entidad, deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, debidamente indexado y rendimientos. Declara que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

Para arribar a esa conclusión la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales y que no había dentro del plenario sustento probatorio por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad convocada al proceso, porque a ésta le correspondía la prueba de acreditar que a la demandante le brindaron una asesoría acertada, clara y veraz que no lo indujera en error al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION



Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados que integran la parte pasiva de la Litis, formularon el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada, argumentado:

PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de alzada argumentando que la afiliación de la actora tiene plena validez y ha tenido efectos jurídicos conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dispone, basta con la simple manifestación de deseo de cambiar de régimen; que al proceso, se allegó memorial en el cual consta que la actora recibió la asesoría necesaria. Agregó que no versa de una nulidad absoluta establecida en el artículo 899 del Código de Comercio y concordantes del Código Civil, sino de nulidad relativa la cual se puede subsanar con el transcurrir del tiempo; a saber, 4 años que en gracia de discusión, si se asumiera una prescripción extraordinaria sería de 10 años y teniendo en cuenta que se afilió en 1996, ya se encuentra cumplido. En este sentido, no se encuentra en discusión el derecho pensional de la demandante sino pretende un valor superior de mesada pensional y en tal sentido sí opera la prescripción, y agregó que, para la data de afiliación de la demandante, no era obligatorio la entrega de cálculos actuariales, lo cual nace a la vida jurídica con la Ley 1748 y Decreto 2071 del 2015.

Finalizó considerando que el valor de una mesada no es suficiente para declarar una nulidad, por cuanto el RAIS es financieramente sostenible y si llegase a recibir un valor de mesada superior en el RPM se deberá subsidiar con el impuesto de los colombianos, lo cual debe atender a la realidad financiera del sistema de pensiones.

COLPENSIONES, manifiesta que la normatividad aplicable al caso es la contenida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, que citó y manifestó que la demandante no cumple con los requisitos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque actualmente le faltan 4 años para adquirir el derecho pensional, por lo cual, no es



procedente el traslado de régimen pensional por faltarle menos de 10 años para adquirir acceder a la pensión de vejez, agregó que en la demanda la actora alegó que por parte de PORVENIR SA no se le brindó información completa respecto al cambio de Régimen y no manifestó culpa alguna a cargo de COLPENSIONES por cuanto no solicitó información al ISS antes de trasladarse, por lo cual ésta no es responsable de la decisión tomada por la accionante ni de la falta de información suministrada a la accionante y solicitó se le exima de toda responsabilidad y de las costas del proceso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se concede la consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado efectuado por la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, si es procedente ordenar que se traslade a COLPENSIONES los valores por concepto bonos pensionales con sus respectivos rendimientos financieros.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el ISS desde el 01 de junio de



1996 hasta la fecha; como se observa en folios 133 y 134 con certificación de afiliación a PORVENIR sin una fecha de desvinculación.

Además se incorporó al plenario la solicitud de vinculación con PORVENIR S.A. para el 1 de abril de 1996. (fl. 18).

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

El 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)

Por su parte, el literal b) del artículo 13 de la misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado.

También, el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 permite los traslados entre régimen cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de que no puede existir traslado 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.

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

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

Deber procesal en que incurrió la llamada al proceso que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad 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, como acertadamente lo determinó la A quo.

De otro lado, cuando se declara la nulidad de la afiliación conlleva el resarcimiento, decidiéndose 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, no siendo de recibo los argumentos de la parte recurrente.

Igualmente, se censura la sentencia con fundamentos que no son atendibles, porque si bien el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declararse así, conlleva a que el estado de cosas retorne 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. Como 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.

Al declararse la ineficacia o nulidad del traslado, conlleva el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral



de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018

En cuanto a la censura de no haberse declarado probada la excepción de prescripción, argumentando para tal fin que no está en riesgo el derecho pensional, sino la diferencia de la mesada. Debe la Sala aclarar que en el presente caso no se está reclamando la pensión, solo la nulidad y la Sala hace acopio de las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, antes citada y que se pronuncia en torno al medio exceptivo de la prescripción, concluyendo:

“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. Lo que conlleva a no atenderse los argumentos del recurrente y en su lugar, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la declaratoria de no probada esta excepción



Ahora, con relación a la condena en costas, 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...”*.

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que la parte pasiva de la litis fue vencida en el proceso, por lo que resulta acertado dar aplicación al artículo 365 del CGP, lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia en lo que respecta a la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, e igualmente, se impondrán costas en esta instancia porque los argumentos expuestos al formular el recurso de alzada no resultaron atendibles.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes que cancelará cada entidad citada.

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
MARIA CRISTINA LOPEZ GOMEZ
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR
RAD. 76001-31-05-009-2019-00235-01.

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 449 emitida el 16 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada entidad citada.

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.

NOTIFIQUESE

DEMANDANTE: MARIA CRISTINA LOPEZ GOMEZ
APODERADA: LINDA KATERINE VASQUEZ VASQUEZ
abogadosvasquezasociados@hotmail.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES.
APODERADO: JUAN DAVID BURITICA MORA
www.worldlegalcorp.com

PORVENIR S.A.
APODERADO: JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ
www.porvenir.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
MARIA CRISTINA LOPEZ GOMEZ
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR
RAD. 76001-31-05-009-2019-00235-01.

jagutierrez@porvenir.com.co

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

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
Rad. 009-2019-00234-01