



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

**Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ**

**Acta número 27**

**Audiencia número 241**

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 293 del 15 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por MARIA XIMENA CUARTAS ZULUAGA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Auto número 411

Reconócasele personería al Doctor JEFFERSON TORRES RAMIREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.936.954 y portador de la Tarjeta Profesional No. 239.258 del C. S.J, para que actuar dentro del



presente proceso como apoderado de COLPENSIONES de conformidad con el memorial poder allegado de manera virtual a esta Sala.

La anterior decisión queda notificada junto con la sentencia que a continuación se emitirá.

#### ALEGATOS DE CONCLUSION.

El apoderado de la actora, ha formulado alegatos de conclusión, citando que los pronunciamientos de la Corte Suprema han indicado de manera contundente y categórica que son las Administradoras de Pensiones quienes deben dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente a sus afiliados sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, ya que de lo contrario esto puede llegar a reflejar una ineficacia del acto jurídico de afiliación. Que dentro del proceso no se demostró el acompañamiento por parte de la administradora del régimen de ahorro individual al que se afilió la actora al momento del traslado de régimen pensional que llevaran a que ella tomase una decisión informada. Por consiguiente, considera que el proveído de primera instancia debe ser confirmado.

Igualmente, el apoderado de la entidad demandada COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada, afirmando: *“Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.*



*Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora”*

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

### **SENTENCIA No. 235**

Pretende la demandante que se declare la nulidad del traslado o de la afiliación efectuada indebidamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A. con los efectos legales correspondientes, entre ellos el traslado de aportes, rendimientos y todos los soportes financieros a COLPENSIONES. Que se declare que la actora tiene derecho a estar válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, en razón a que el traslado se encuentra viciado de nulidad por cuanto el fondo de pensiones que administra el RAIS no cumplió con su deber de información. Que se ordene a COLPENSIONES a recibir nuevamente a la promotora de esta acción con todos los aportes y rendimientos financieros, en aras de constituir con todas esas cotizaciones para el ingreso base de liquidación.

En sustento de esas pretensiones afirma la parte actora que nació el 21 de julio de 1960, que empezó a cotizar al sistema de pensiones el 12 de mayo de 1980 y el 15 de septiembre de 1994 suscribió vinculación al RAIS administrado por HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y recibió una indebida asesoría por parte del promotor de dicha administradora de pensiones.



Que HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS S.A. fue absorbida por la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

### **TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

COLPENSIONES, al dar respuesta a la demanda, a través de mandatario judicial se opone a las pretensiones, porque el traslado que hizo la actora al RAIS tiene plena y la afirmación de vicio en el contrato suscrito con PORVENIR S.A. deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y derecho de contradicción. Además, que la afiliación es un acto jurídico donde la persona da su manifestación libre y voluntaria, por lo que es improcedente la nulidad solicitada- Formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el trabajo, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. igualmente, atendiendo el llamado, por medio de mandatario judicial expresa que se opone a las pretensiones, porque la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin presencia de vicios del consentimiento, a ella se le informó de forma clara y precisa acerca del acto jurídico que iba a realizar. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara la nulidad de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones y



cesantías PORVENIR S.A. y en consecuencia, genera el regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Condena a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado de la actora, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados y los gastos de administración. Ordena a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media y que reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A. para financiar la prestación económica que deba asumir cuando haya lugar a ella.

Para arribar a esa conclusión el 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, el apoderado de PORVENIR S.A. formuló el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de esa providencia, y para lograr tal cometido, manifiesta que cada régimen pensional tiene aspectos favorables y desfavorables, por ello el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la posibilidad de escoger entre uno u otro. Que no se puede imponer a la administradora trámites que la norma no contemplaba al momento de la vinculación de la demandante, porque esa asesoría era verbal. Además, que la promotora de esta acción no demostró que hubiese sido presionada al momento de suscribir la solicitud, lo que permite inferir que el consentimiento no estuvo viciado, por el contrario se expresa la voluntad clara y espontánea de la afiliación, la que se ratifica con todo el tiempo de permanencia en PORVENIR S.A.



Igualmente, censura que no se haya atendido la excepción de prescripción, no del derecho pensional, sino como acto contractual que produce efectos de conformidad con los artículos 1742 y 1750 del CC.

En cuanto a los gastos de administración, considera que no hay lugar a éstos, toda vez que la administración de la cuenta de la afiliada ha sido manejada bajo los parámetros de la ley de manera responsable y transparente, motivo por el cual, a la actora se le han generado unos rendimientos, incluso en sumas superiores a las establecidas por la Superfinanciera, donde esos descuentos están autorizados por la ley y resulta imposible reintegrarlos

COLPENSIONES formula el recurso de alzada respecto a la condena en costas, ya que esa entidad no tuvo nada que ver con el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, como es la de recibir el traslado de la actora, 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. De acuerdo a la respuesta, se definirá si es procedente ordenar que se transfiera a COLPENSIONES lo correspondiente a los gastos de



administración y sí hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción de la acción. Por último, se determinará si está ajustada a derecho la condena impuesta a COLPENSIONES de costas de primera instancia.

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 por el ISS desde el 12 de mayo de 1980 hasta el 01 de enero de 1997, como se observa con la copia de la historia laboral que lleva PORVENIR S.A. (fl. 20) Afiliándose a HORIZONTES el 15 septiembre de 1994 (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”*.

El 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. 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...”*

Correspondía a la entidad administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, llamada al proceso, acreditar que brindó a la demandante una completa y comprensible información al momento que éste decide cambiar de régimen pensional, deber procesal que incumplió, lo que llevará a tenderse la ineficacia del traslado de régimen pensiona como acertadamente lo determinó la A quo.

Con respecto a la censura formulada por la parte recurrente sobre la orden de transferir a COLPENSIONES, además, los 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. Lo que conllevará a modificarse la decisión de primera instancia, para que PORVENIR S.A. transfiera a COLPENSIONES los valores que corresponden a los gastos de administración, rendimientos, en atención al artículo 1746 del CC.

Por consiguiente, 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 del 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 inconformidad 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 las administradoras del fondo de pensiones fueron vencidas en el proceso, por lo que resulta aplicable el artículo 365 del CGP y con ello se mantiene la decisión de primera instancia, porque COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, no habiendo salido adelante sus argumentos.



Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberá cancelar cada una de las entidades citadas a la demandante.

### **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 293 del 15 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta y apelación.

**SEGUNDO - COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y. y COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, que deberá cancelar cada una de las entidades citadas a la demandante.

### **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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA  
MARIA XIMENA CUARTAS ZULUAGA  
VS. COLPENSIONES Y PORVENIR S.A  
RAD. 76001-31-05-011-2018-00381-01.

DEMANDANTE: MARIA XIMENA CUARTAS ZULUAGA  
APODERADO: GUSTAVO ADOLFO GOMEZ PINO  
gagpino1976@hotmail.com

DEMANDADOS:  
COLPENSIONES.  
APODERADA: MARIA CAMILA MARMOLEJO  
[secretariageneral@mejiasociadosabogados.com](mailto:secretariageneral@mejiasociadosabogados.com)

PORVENIR S.A.  
APODERADO: JAIME ALBERTO GUTIERREZ MUÑOZ  
[www.porvenir.com.co](http://www.porvenir.com.co)  
[jagutierrez@porvenir.com.co](mailto: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. 011-2018-00381-01