



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 11

Audiencia número: 66

En Santiago de Cali, a los ocho (08) días del mes de abril de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 92 del 28 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por CARLOS ALBERTO GUTIERREZ HELO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AUTO NUMERO 414

RECONOCER personería a la doctora MAREN HISEL SERNA VALENCIA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.077.423.919, con tarjeta profesional número 204.924 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El mandatorio judicial del demandante solicita la confirmación de la providencia de primera instancia, aduciendo que faltó al deber de información que le asistía a la administradora del RAIS.



La apoderada de Colpensiones, manifiesta que el traslado de régimen pensional que efectuó la actora tiene plena validez porque no se demostró vicio del consentimiento que generara la nulidad de éste, además no se puede omitir el artículo 2 de la Ley 797 de 2002, que prohíbe hacer traslado de régimen pensional cuando le falte al afiliado menos de 10 años para pensionarse, como es este caso, por consiguiente, no deben ser atendibles las pretensiones que versan sobre el derecho pensional.

La apoderada de Porvenir S.A., afirma que la sentencia de primera instancia ha impuesto a las administradoras de fondo de pensiones cargas que no estaban vigentes al momento del traslado que hizo la actora, como era la acreditación del deber de información por escrito, ya que esta obligación solo se impone con el Decreto 2071 de 2015, por consiguiente, debe darse pleno valor al formulario de afiliación como señal de libre escogencia del régimen pensional. Considera que no debe imponerse la transferencia de los gastos de administración porque estos son valores por la correcta gestión de administración de la cuenta de ahorro individual y que, además, son descuentos ordenados por la ley. Además, considera que la acción de nulidad está prescrita.

SENTENCIA No. 63

El demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación o improcedencia del traslado de la afiliación realizada el 24 de septiembre de 1998 ante el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., con los efectos correspondientes, esto es, que la afiliación ante esa entidad no es válida y la actora nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media, administrado actualmente por COLPENSIONES. En consecuencia, se ordene el regreso automático al último de los regímenes pensionales citados, ordenándose a PORVENIR S.A. a devolver los aportes que tiene en la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el reintegro. Solicitando además que PORVENIR S.A. debe resarcir los perjuicios morales ocasionados con la angustia generada por verse precisado a pensionarse en el régimen de ahorro individual, afectándole su mínimo vital. Reclama la declaratoria de ser beneficiario del régimen de transición y que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez al momento en que se cumplen los requisitos legales, incluyendo el pago de los intereses moratorios.



En sustento de esas pretensiones anuncia el actor que nació el 07 de junio de 1953, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte a partir del 10 de enero de 1970, habiendo prestado servicios ante el Ministerio de Defensa Nacional y con la empresa C.I. Azucares y Mieles S.A., reuniendo 779 semanas.

Que el 24 de septiembre de 1998 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTES S.A. entidad que en diciembre de 2013 se fusionó con PORVENIR S.A. Sin que al momento de la afiliación se le hubiera brindado información suficiente a cerca de los términos y condiciones en que podía llegar a obtener la pensión. Afirmando que bajo ese régimen pensional cotizó bajo varios empleadores y de manera independiente, presentando 925 semanas cotizadas. Considerando que es beneficiario del régimen de transición y, por lo tanto, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderado judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos de derecho. Formula las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa.

Por su parte, PORVENIR S.A. al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial se opone a las pretensiones, porque no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Plantea las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Al fijarse el litigio, éste quedó establecido sólo en declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

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 del actor que hizo del régimen de prima media con prestación definida gestionado hoy por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por HORIZONTES S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
- Que como consecuencia de lo anterior el demandante debe ser admitido en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado, una vez PORVENIR S.A. realice el traslado de los aportes efectuados a dicha administradora de fondo de pensiones.
- Ordena a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES todos los aportes realizados por el actor con motivo de la afiliación, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses.
- Ordena a COLPENSIONES a que cargue a la historia laboral del actor los aportes realizados por éste a PORVENIR S.A. una vez le sean devueltos.

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 al demandante le brindaron una asesoría acertada, clara y veraz que no lo indujera en error al momento del traslado.

RECURSO DE APELACION

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte pasiva formularon el recurso de alzada, argumentando:



COLPENSIONES, que la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad en 1998, a través de HORIZONTES S.A. tiene plena validez, fue realizado bajo la libre voluntad de éste, por ello no tiene esa entidad responsabilidad alguna con el traslado, además, que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, refiere a la imposibilidad de hacer traslado de regímenes pensionales cuando faltan menos 10 años para pensionarse, por lo tanto, esa norma se debe tener en cuenta, dado que cuando el actor presentó la demanda ya tenía 66 años, no siendo procedente el traslado que ahora reclama y en cambio, se debe considerar que está válidamente afiliado a PORVENIR S.A. Bajo esos argumentos solicita la revocatoria de la providencia impugnada.

La apoderada PORVENIR S.A. afirma que el despacho ha incurrido en una violación al derecho de defensa al declarar la ineficacia, cuando las pretensiones estaban encaminada a la nulidad de la afiliación y la defensa que hizo esa demanda se relacionan con las pretensiones de la acción. Que a la demandante si se le brindó información al momento de la vinculación a PORVENIR S.A., prueba de ello es la suscripción del formulario de afiliación diligenciado en 1998 y se hizo cumpliendo la normatividad de la Ley 100 de 1993, que lo único que exigía era la suscripción de formulario de manera libre y voluntaria, toda vez que la reglamentación que obliga a tener prueba de la información al afiliado se da a partir de la vigencia del Decreto 2555 de 2010 y normas posteriores. Que el demandante tenía la obligación además de informarse sobre las condiciones de cada régimen pensional, porque la inconformidad de éste es de carácter económico. Censura que no se haya declarado probada la excepción de prescripción no del derecho pensional. Tampoco está conforme con la orden de la devolución del bono pensional, porque las administradoras del fondo de pensiones son una intermediaria mientras se liquida y se paga el bono pensional. Por último, señala la mala práctica de los profesionales del derecho que demandan no en el domicilio del demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, 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 la Sala de acuerdo con lo argumentos presentados al formular la alzada, y ante el grado jurisdiccional de consulta, corresponde a esta Corporación: i) determinar las reglas de competencia para conocer de los procesos de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional. ii) Si la juzgadora de instancia viola el principio de congruencia cuando lo solicitado en la demanda es la nulidad del traslado y decide en sentencia declarar la ineficacia del traslado. iii) si es procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, analizándose el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, iv) si se ajusta a derecho la orden dada en la providencia impugnada de trasladar al régimen de prima media los bonos pensionales, v) si esta prescrita la acción.

COMPETENCIA.

Si bien, la apoderada de PORVENIR S.A. no censura la falta de competencia, su inconformidad se refiere a la mala práctica de los profesionales del derecho en demandar en la ciudad de Cali los procesos sobre ineficacia o nulidad de traslados, cuando el domicilio de los afiliados no esta ciudad.

La Sala considera necesario hacerle claridad a la mandataria judicial de PORVENIR S.A., en el sentido de que no puede esa Colegiatura llamar la atención a los abogados para que no sea la ciudad de Cali el centro de las demandas por nulidad o ineficacia del traslado y para ello, traemos a colación el artículo 11 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 8 de la Ley 712 del 2001, que establece:

“COMPETENCIA EN LOS PROCESOS CONTRA LAS ENTIDADES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. En los procesos que se sigan en contra de las entidades que conforman el sistema de seguridad social integral, será competente el juez laboral del circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o el del lugar donde se haya surtido la reclamación del respectivo derecho, a elección del demandante.



En los lugares donde no haya juez laboral del circuito conocerá de estos procesos el respectivo juez del circuito en lo civil.”

La norma citada establece la competencia para el conocimiento de acciones contra entidades de seguridad social, como lo son tanto COLPENSIONES como PORVENIR S.A. debiéndose dirigir la demanda ante el juez laboral del circuito. Permitiendo la disposición citada que se opte por el domicilio de la entidad de seguridad social o por el lugar donde se hace la reclamación administrativa, y esa facultad optativa recae en el demandante únicamente.

Para el caso que nos ocupa, a folios 71 reposa la reclamación administrativa presentada a PORVENIR S.A., señalando una dirección de la nomenclatura urbana de Cali. Por lo tanto, el mandatario judicial del actor quien es el que tiene la facultad de optar por el domicilio de la entidad de seguridad social o por el lugar donde se presente la reclamación administrativa, decidió presentar la acción ante la jurisdicción ordinaria laboral de Cali, ajustándose a los presupuestos del artículo 11 del CPL y SS. No pudiendo la apoderada de la parte demandada, pretender modificar la norma, al señalar en el recurso de alzada que se llame la atención a los abogados de los promotores de esta clase de acción, que están demandando en sitio diferente a la residencia de sus mandatarios, omitiendo la profesional del derecho la facultad que el estatuto procesal laboral le da al abogado de los demandantes de escoger el sitio para formular la demanda, esto es, en el lugar de la reclamación administrativo o el domicilio de la demandada y no el domicilio del demandante, como lo ha interpretado erróneamente la mandataria judicial de PORVENIR S.A.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Considera la apoderada de PORVENIR S.A. que la A quo ha violado el principio de congruencia y ha vulnerado el derecho de defensa de esa entidad, porque lo solicitado en la demanda es la nulidad de la afiliación y en la decisión que puso fin a la primera instancia, la operadora judicial declaró la ineficacia del traslado.

El artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral, por remisión que permite el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, establece:



“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

Principio que no puede desconocer las facultades que ha dispuesto el artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social que consagra las facultades extra y ultra petita, con la única condición que para su aplicación que los hechos hayan sido discutidos y debidamente probados.

De otro lado, corresponde al administrador de justicia, interpretar la demanda, como lo ha precisado en varios pronunciamientos, entre estos el expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL17741-2015, radicación 41927, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“En sentido inverso, la calificación jurídica contenida en el petitum de la demanda, si bien puede ser relevante para la delimitación de la acción intentada, no desconoce el deber del juzgador de resolver la controversia con base, además del examen de las pruebas, en «los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen», tal cual lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es tanto como decir que al juez compete resolver la controversia en conformidad con las normas que la regulan, a pesar de que no hayan sido citadas o acertadamente alegadas por las partes, por no estar el juzgador atado a éstas, sino, se repite, sólo a sus alegaciones fácticas.”

“Quedando definido que la congruencia de la sentencia judicial refiere es un desajuste claro e inequívoco entre lo pedido y lo concedido en el proceso desde el concepto de las alegaciones de hecho de la demanda con repercusión directa en la relación jurídica sustancial de las partes, lo cual, obviamente, violenta el derecho de éstas a la contradicción y a la defensa, conviene recordar que en los procesos del trabajo, por razón de la teleología tuitiva del proceso, el legislador ha previsto que no hay lugar al vicio procesal anunciado cuando quiera que el juez ordene el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condena al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. Tales facultades son las que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como extra y ultra petita, y que se hayan contempladas por el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, al darse lectura a la demanda, el señor CARLOS ALBERTO GUETIERREZ HELO, a través de mandatario judicial, formula como pretensiones:



“Se declare la nulidad de la afiliación o la improcedencia del traslado de la afiliación” y en el hecho séptimo de la demanda señala: “Al realizar la afiliación al fondo privado, mi poderdante no recibió suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía llegar a adquirir el derecho a la pensión por vejez, toda vez que no se le informó por el promotor de la entidad hoy PORVENIR S.A. en cuanto iba a ser el monto de su pensión, como tampoco la proyección de la misma....” Los supuestos fácticos siguientes, esto es, octavo y noveno, se sigue afirmando la falta de información con suma diligencia, prudencia y pericia por parte de PORVENIR S.A.

Lo que nos lleva a concluir que, si bien la petición no fue la ineficacia del traslado sino la nulidad de éste, solicitud que se fundamenta en supuestos fácticos, que serían materia de debate, como el hecho determinar si se brindó al promotor de este proceso una información deficiente por parte del fondo de pensiones que administra el régimen de ahorro individual demandado.

Pero no es que haya incongruencia entre lo decidido y lo solicitado, porque lo que ha realizado la A quo es acoger lo expuesto 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).

La Sala atendiendo el anterior precedente, pasa a analizar si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo vinculado laboralmente con el Ministerio de Defensa Nacional desde el 10 de enero de 1970 al 10 de enero de 1972, y posteriormente del 01 de junio de 1975 al 15 de diciembre de 1987, período este último que aparece cotizado en el régimen de prima media, además cotizó como dependiente de una entidad del sector privado, del 01 de junio de 1996 al 12 de agosto de 1998, como se observa en la historia laboral que aporta PORVENIR S.A a folios 60. Igualmente, está acreditado que el demandante se afilió al régimen de ahorro individual con prestación definida, administrado por HORIZONTES S.A. el día 24 de septiembre de 1998, como se lee en el formulario de vinculación que milita a folios 70.

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; 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 y que la afiliación fue libre y voluntaria y en señal de aceptación suscribió el formulario de vinculación.

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 3° 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, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el actor (fl. 126), ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del 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...”

En el proceso en curso, omitió el deber proceso de acreditar que al actor le brindó una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a tenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado y con ello la orden a la administradora del RAIS de transferir los valores correspondientes a las cotizaciones, y rendimientos financieros que pertenecen a la cuenta del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la



ineficacia de la afiliación, conlleva el resarcimiento, debiéndose aplicar el artículo 1746 del CC que ordena que en ese resarcimiento se debe incluir los frutos, razón por la cual, al tratarse de la devolución de dinero, éste se debe transferir con sus correspondientes rendimientos. Tal como lo ha interpretado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL 4964 de 2018.

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 inejecución 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.

Sobre la inconformidad expuesta contra el proveído de primera instancia que ordenó transferir a COLPENSIONES además del capital, el bono pensional, sin que exista prueba de que éste ya haya sido redimido, pese a que en la documental aportada a folios 59 donde PORVENIR S.A. expresa las semanas cotizadas por el actor en cada régimen pensional, se indica que la fecha de redención estimada del bono pensional es el 07 de junio de 2015. Sin que además, al proceso se hubiese vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ante el presunto intereses de las resultas del proceso, toda vez que es la entidad encargada de la expedición y demás trámites del bono pensional.

Lo cierto es que es procedente la orden de devolución del bono pensional tipo A modalidad 2, sólo en el evento de que éste se encuentre en las arcas de la administradora de fondo de pensiones que administra el régimen de ahorro individual convocada al proceso, pues las personas que sean pensionadas por parte de COLPENSIONES, no tienen derecho al mismo,



ya que éste solo se expide a los afiliados que se trasladen del RPM al RAIS, debiéndose aclarar, que en el caso de haberse tramitado el bono pensional, la devolución no se hará a favor de COLPENSIONES, sino del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, pues el pago del mismo solo procede en el caso en que los afiliados del trasladen del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, como ocurrió con la demandante, pues estos constituyen los aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones y constituyen un mecanismo para habilitar el tiempo efectivo laboral o el cotizado, y con ello conformar el capital necesario para disfrutar de una pensión de vejez en el RAIS, (Arts. 113 y 115 de la Ley 100/93), mientras que las pensiones reconocidas a cargo de COLPENSIONES, se financian con los dineros del fondo común de naturaleza pública, siendo el Estado el que garantiza el pago de dichas prestaciones, tal y como lo prevé el artículo 32 de la citada Ley 100.

Por lo anterior, en el evento de haberse recibió el bono pensional por parte de PORVENIR S.A. resulta procedente entonces efectuar la devolución del bono pensional Tipo A modalidad 2 al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ya que los dineros que contienen tal título pensional hacen parte de los dineros de la Nación en este caso en cabeza de uno de sus Ministerios. Devolución que se debe hacer con la actualización de conformidad con el IPC, teniendo en cuenta la fecha del pago hasta la data del reintegro, como lo prevé el Decreto 3798 de 2003 y demás normas que al respecto regulan la materia. Por lo anterior, se modificará la decisión de primera instancia.

Ante el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenarse a la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso que restituya los gastos de administración, acogiendo esta Sala 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)

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 actor, como cotizaciones, frutos e intereses y gastos de administración, 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. 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 confluayan 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

Dentro del contexto de esta providencia, se ha realizado análisis de los argumentos formulados por las partes en los alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de las entidades demandadas: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes que cancelará cada una de las entidades antes citadas al actor.

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: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia número 92 del 28 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. representada legalmente por el señor MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o por quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliado el señor CARLOS ALBERTO GUTIERREZ HELO, que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes realizado al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, con los respectivos rendimientos financieros, frutos, intereses y gastos de administración, además en el evento de haber recibido el bono pensional que corresponde al actor, deberá PORVENIR S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS ALBERTO GUTIERREZ HELO
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76001-31-05-009-2019-00642-01

transferirlo a la NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES, devolución que se debe hacer con la actualización de conformidad con el IPC, teniendo en cuenta la fecha del pago hasta la data del reintegro, como lo prevé el Decreto 3798 de 2003 y demás normas que al respecto regulan la materia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 92 del 28 de febrero de 2020, emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las entidades demandadas: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes que cancelará cada una de las entidades antes citadas al actor.

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: CARLOS ALBERTO GUTIERREZ HELO
APODERADO: CARLOS EDUARDO PAZ GOMEZ
SUSTITUTO: WILMAR GEOVANNY SANCHEZ URBINA
Correo: carloshelo1@yahoo.com

DEMANDADOS:
COLPENSIONES
APODERADO: MAREN HISEL SERNA VALENCIA
www.worldlegalcorp.com

PORVENIR S.A.
APODERADA: GABRIELA ESTREPO CAICEDO
www.godoycordoba.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS ALBERTO GUTIERREZ HELO
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76001-31-05-009-2019-00642-01

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. 009-2019-00642-01