



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 08

Audiencia número: 065

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificadorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación propuesto contra la sentencia número 046 del 22 de febrero de 2022 de proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por PATRICIA DUQUE CRUZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de Colpensiones al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita sea revocada la sentencia impugnada, que declaró la nulidad o ineficacia del traslado, en la medida que se pretende invalidar un acto que ya produjo sus efectos jurídicos, sin que se hubiese acreditado la existencia de vicios del consentimiento, por lo tanto se encuentra válidamente afiliada al RAIS, sin que se pueda omitir los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque ese traslado de régimen no se puede hacer cuando al afiliado le falten menos de 10 años para pensionarse.

De otro lado, el apoderado de Porvenir S.A. luego de citar la parte resolutoria de la sentencia de primera instancia, donde se declara probada la excepción de cosa juzgada, al haberse tramitado hasta la decisión final el proceso que cursó ante el Juzgado Once Laboral del Circuito



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

de Bogotá, al considerar que hay identidad de objeto y causa. Razón por la cual solicita a esta instancia sea confirmada la decisión de apelada, teniéndose en cuenta el artículo 303 del CPG, que precisamente es la norma aplicable a la cosa juzgada.

Por último la apoderada de la actora, refiere que la acción judicial que se adelantó ante la jurisdicción laboral de Bogotá, perseguía que se declarara que la afiliación de la actora a Colfondos se encontraba afectada por un vicio en el consentimiento, por error. Mientras que ese proceso, se demanda la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS. Donde no se pueden equiparar esos dos conceptos: nulidad e ineficacia, para determinar que operó el fenómeno de la cosa juzgada. Solicitando la revocatoria de la providencia de primera instancia.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 052

Pretende el demandante que se declare ineficaz el traslado que hizo del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, administrado por Colfondos S.A. y la ineficacia del traslado horizontal con Porvenir S.A. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la actora continúa afiliada al régimen de prima media, hoy en cabeza de Colpensiones, al que pertenecía antes del traslado declarado ineficaz. Que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar inmediatamente a Colpensiones, el saldo de la cuenta de ahorro individual que tiene la actora, incluidos los rendimientos, los cuales deberán acreditarse en términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, lo descontado por primas y seguros previsionales con sus correspondientes rendimientos o rentabilidad, lo descontado por gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, los saldos de cuentas voluntarias si las hubiere y lo correspondiente a bonos pensionales. Además, se ordene a Colpensiones a recibir todos los conceptos que con ocasión de la ineficacia del traslado de la demandante debe entregarle Porvenir S.A. y que la tenga como afiliada sin solución de continuidad y sin pedirle cargas adicionales.



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

Subsidiariamente, solicita se condene a Porvenir S.A. a indemnizar a la actora la totalidad de los perjuicios sufridos con ocasión de la irregular afiliación del RAIS.

En sustento de esas peticiones, anuncia la actora que nació el 14 de agosto de 1960. Que estuvo afiliada al régimen de prima media desde el 23 de octubre de 1987 al 30 de abril de 1998. Que el 14 de abril de 1998 firmó el formulario trasladándose al régimen de ahorro individual, administrado por Colfondos S.A. Procesos en el que no se le brindó una completa asesoría, porque no recibió una información clara, completa y comprensible sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional. Que el 01 de junio de 2003 se trasladó a Porvenir S.A.

Que en el año 2018 promovió un proceso ordinario laboral de primera instancia contra las mismas entidades aquí convocadas al proceso, tendiente a declarar que el contrato de afiliación realizado a Colfondos S.A. se encontraba afectado por un vicio del consentimiento por error y en consecuencia debía efectuar el traslado de los saldos con detalles y rendimientos al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Proceso que cursó en el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, absolviendo a las entidades demandadas. Decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, bajo el argumento de que no se evidencia vicios en el consentimiento y no tener una expectativa legítima respecto a su situación pensional.

Que el 01 de junio de 2021 solicitó a Colfondos S.A. declarar la ineficacia de la afiliación a partir del 01 de junio de 1998, sin haberle brindado respuesta. Igual petición elevó a Porvenir S.A., entidad que despachó desfavorablemente esa pretensión.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

PORVENIR S.A. a través de apoderado judicial da respuesta a la acción, oponiéndose a las pretensiones, en primer lugar, porque algunas están dirigidas contra Colfondos S.A., entidad con quien tuvo la primera afiliación en el año de 1999 y luego se traslada a Horizontes, en el año 2003 y en el 2015 con Porvenir S.A., producto de una decisión libre, voluntaria e informada, como se observa con la suscripción del formulario de afiliación, documento que es auténtico.

Propone la excepción previa de cosa juzgada frente a la sentencia emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso radicado 1100130501120180018300, confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Bogotá, pronunciamientos que negaron las peticiones de la demanda, por lo tanto, se trata de un asunto ya discutido por la administración de justicia.

Plantea como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La mandataria judicial de COLFONDOS S.A. se opone a las pretensiones porque esa entidad si le brindó a la actora una asesoría integral para que tomara una decisión informada, tal como se puede deducir de la firma del formulario de afiliación, donde queda expresa la voluntad de trasladarse de régimen pensional.

Propone la excepción previa de cosa juzgada, porque la demandante ya había instaurado otro proceso que cursó en el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, contra Colfondos S.A., Porvenir S.A. y otros, encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación, argumentado que los fondos de pensiones habían omitido el deber de asesoría. Donde las decisiones de primera y segunda instancia fueron absolutorias, no se formuló el recurso extraordinario de casación, por lo tanto, esa decisión se encuentra ejecutoriada.

Formula como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, cosa juzgada, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada o genérica.



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

COLPENSIONES a través de apoderada judicial, igualmente se opone a todo el petitum demandatorio, porque no puede endilgársele responsabilidad a esa entidad y que de acuerdo con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no lograr siquiera inferir vicios del consentimiento que lleven a la nulidad solicitada. Además, es improcedente el traslado porque éste no puede realizarse en cualquier tiempo, debe atemperarse al artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Que ya curso proceso judicial por los mismos hechos y pretensiones, que fue resuelto mediante sentencia del 12 de noviembre de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las entidades demandadas, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, proceso que tenía radicación 2018-00183.

Plantea como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, innominada o genérica y cosa juzgada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la operadora judicial declara probada la excepción de cosa juzgada, absolviendo a las entidades convocadas al proceso de todas las pretensiones.

Para arribar a esa conclusión, la A quo considero que existió identidad de partes, identidad de objeto, identidad de causa, entre el actual proceso y el anterior que promovió la actora y que cursó ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, quien emitió decisión absoluta no accediendo a la nulidad del traslado de régimen pensional, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

RECURSO DE APELACION



Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandante presenta el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, expone que el presente caso se circunscribe al acto de cambio de régimen pensional, debatido a través de la ineficacia. Que abordarse el tema frente a la nulidad, resulta desacertado, que se debió establecerse a partir de la carga de la prueba en estos asuntos, en cabeza de las accionadas en su obligación de brindar una información clara, precisa y conforme a la ley. Pero al considerarse que se trata de un asunto ya debatido se cercena la posibilidad de la actora del regreso al régimen de prima media como lo permite la jurisprudencia y la ley, sino que además, se evidencia que hay un error en el concepto de ineficacia y nulidad, donde sólo basta con ver el acápite de las pretensiones incoadas en cada proceso, por lo tanto, se trata de dos peticiones diferentes, porque el proceso anterior, que cursó en el Juzgado Once de Bogotá, consideró que no existió vicios del consentimiento, es decir, **analizó la nulidad**, y no la ineficacia, tanto que ésta es una consecuencia impuesta por el ordenamiento y la jurisprudencia que llevan a que el acto no produzca efectos jurídicos y por ello se condena a las administradoras de pensiones por no haber brindado una información clara, comprensible, transparente. Mientras en la nulidad el afiliado debe acreditar que no tenía capacidad para contratar, que hay vicios del consentimiento o que hay un objeto o causa ilícita.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay operó o no la excepción de cosa juzgada. Y si la respuesta a ese interrogante, resulta negativa, se abordará las peticiones de la parte actora.

Para dar solución a la primera controversia planteada, se hace necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 303 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, el que textualmente consagra:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre y cuando que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de las partes”



Esta institución jurídico procesal impide que se vuelva a estudiar un asunto que ya ha sido resuelto previamente por otra autoridad judicial, lo que obedece al principio de seguridad jurídica y es el efecto de la firmeza y ejecutoria de una actuación que normalmente pone fin a un proceso; sin embargo, también se le ha dado efecto de cosa juzgada a otros actos procesales o extraprocesales que dan cierre a un conflicto, como por ejemplo la conciliación, la transacción, o un laudo arbitral, entre otros. Del mismo modo, el desistimiento de las pretensiones, aprobado mediante un auto, a las luces del art. 314 del CGP, aplicable al procedimiento laboral, por remisión del art. 145 del CPTSS, conlleva el efecto aludido, pues se entiende que desistir implica la renuncia a las pretensiones que impide que las mismas sean llevadas nuevamente a la jurisdicción.

Desde la perspectiva procesal, para que se configure la excepción de cosa juzgada, no es imperativo que la misma sea formulada, dada el carácter de orden público de la norma, por ende, puede ser decretada de oficio, cuando se hallare probada; además para su procedencia es necesario que entre el proceso decidido y el nuevo impetrado exista una: i) **Identidad de objeto**, esto es que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial; ii) **Identidad de causa**, corresponde a la razón por la cual se demanda, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento; iii) **Identidad jurídica de partes**, lo que quiere decir que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se aportó al presente proceso todo el expediente de la acción ordinaria laboral que cursó ante el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, (pdf 20). Encontrando la Sala que la demanda es promovida por PATRICIA DUQUE CRUZ, contra COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y la presente acción tiene los mismos sujetos procesales, por lo tanto, existe identidad jurídica de las partes.

En relación con las pretensiones de la demanda, encontramos, que en el proceso que se presentó ante los juzgados laborales del circuito de Bogotá, se solicitó:



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

“Que se declare que el contrato de afiliación realizado por la AFP COLFONDOS S.A. con la demandante en este proceso en abril de 1998 se encuentra afectado por un vicio en el consentimiento por error”

(..)

Que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a anular la afiliación realizada por la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en abril de 1998 a través de la cual realizó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora PATRICIA DUQUE CRUZ.

Que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a realizar el traslado de los saldos con los detalles y rendimientos respectivos al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES...”

Al traer el texto de las pretensiones del proceso que nos ocupa, se solicita:

“Que se declare ineficaz el traslado que del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. hizo la señora PATRICIA DUQUE CRUZ a partir del 01 de junio de 1998 o en la fecha que se acredite dentro del proceso se produjo el mismo a través de la hoy COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, por haber incumplido las demandadas con el deber de suministrar información completa y comprensible frente a las implicaciones de dicho traslado”.

De la literalidad del acápite de las pretensiones de las dos acciones, resultan que tienen diferente causa y no puede omitirse el deber que tiene el operador judicial de interpretar la demanda y por ello esta Sala de Decisión atendiendo todo el material probatorio, al escucharse el CD que contiene la audiencia de juzgamiento realizada en segunda instancia el 03 de marzo de 2020, la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, expresó que ninguno de los testigos traídos al proceso da fe de haber recibido la actora una asesoría por parte de los fondos de pensiones del RAIS. Citando varios precedentes de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que hacen referencia al deber de información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde el ante sala hasta la afiliación y que esa información debe ser clara, comprensible. Que, en este caso, la carga de la prueba se invierte y corre a cargo de las administradoras, y esa falta de información configura un engaño que puede llevar a la nulidad o ineficacia del traslado.



Pero consideró el Ad quem que la actora no se encontraba con una expectativa pensional, además, que debe demostrar los vicios del consentimiento. Que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, inciso 7, permite que el formulario tenga pre impreso el consentimiento del afiliado, norma que aún conserva su vigencia, por lo tanto, suscribió el formulario de manera libre y voluntaria. Además, la demandante ostentó el cargo de Directora de División de la Contraloría de Bogotá, por lo tanto, es una persona que tenía conocimiento de la ley. Debía demostrar la actora que ese traslado le ocasionó un perjuicio cierto y real frente a su derecho pensional, situación que no ocurrió en el presente caso.

Concluye la Sala que en efecto, el proceso cuyo conocimiento estuvo en la jurisdicción laboral de Bogotá, le dio relevancia a la acreditación de vicios del consentimiento para acceder a la nulidad de la afiliación, imponiéndole a la parte actora la demostración de éstos, al darle valor al formulario de afiliación donde está pre impresa la voluntad de vinculación al RAIS, al considerar el juez colegiado que la demandante debió a acreditar que consentimiento no era cierto.

En resumen, tanto la acción que se promovió en el año 2018 ante los estados judiciales de Bogotá, como la que hoy nos ocupan, persiguen el mismo fin, el retorno al régimen de prima media, pero cada acción tuvo un camino diferente, por decirlo así, inicialmente se pretendió fue la nulidad por vicios del consentimiento, que a consideración del operador judicial de Bogotá, éstos no fueron acreditados y en el proceso que nos ocupa, se pretende la declaratoria de ineficacia, atendiendo los últimos precedentes de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuya carga probatoria, se invierte y corre a cargo de las administradoras de fondo de pensiones a las que se vincula la actora, debiendo acreditar el cumplimiento del deber de información de manera clara, completa y comprensible. Por lo tanto, se declarará que no hay cosa juzgada, lo que conllevará a revocar la providencia de primera instancia y se analizará a continuación si es procedente o no la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Dentro de las pruebas que militan en el presente proceso, encontramos la historia laboral de la actora expedida por Colpensiones, que permite establecer que se vinculó desde el 23 de



octubre de 1987 al 30 de abril de 1998. El formulario de vinculación ante Colfondos, diligenciado por la actora en el mes de abril de 1998, así como el formulario que suscribió la demandante ante Horizontes en el mes de diciembre de 2005 (pdf.01)

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.

Debe aclarar la Sala que nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Laboral, en sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, donde 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 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. Es decir, que a partir de la primera providencia que refiere al tema del cambio de régimen pensional, la consecuencia que consideró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era que se generaba una nulidad, al considerar que las administradoras del régimen de ahorro individual al faltar a su deber de información generaban en el afiliado un engaño.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la **Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838**, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó 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 consumidor o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto)

Sobre la obligación de dar información, 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.

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 de la promotora 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, omitieron las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, convocadas al proceso que cumplieron con el deber de haberle brindado a la 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.

Al declarese la ineficacia con lleva a que las administradoras del régimen de ahorro individual al que se afilió la actora, trasladen a Colpensiones, lo correspondiente a los gastos de administración, acogiendo lo expuesto por 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)

Igualmente, las administradoras del régimen de ahorro individual al que se afilió la actora, trasladen a Colpensiones, lo correspondiente 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 los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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.

Se ordenará a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio, todo debidamente



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

indexado. Contando con un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.

Igualmente se ordenará a PORVENIR S.A. que deberá transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, solo si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también a devolver el porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Deberá discriminarse los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Contando con un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.

Se ordenará a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la actora, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, contados a partir de recibir el dinero e información por parte de las administradoras COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y entregará a la actora su historia laboral

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 de la actora 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 de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROVENIR S.A. 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. Agencias en derecho que serán fijadas por la juez de primera instancia.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.



Sin costas en esta instancia

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.- REVOCAR la sentencia número 046 del 22 de febrero de 2022 de proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar:

- A) Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades que integran la parte pasiva de la litis.
- B) Declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional que hizo la señora PATRICIA DUQUE CRUZ del régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad, inicialmente con COLFONDOS S.A. y su posterior traslado a PORVENIR S.A.
- C) Ordenar a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio, todo debidamente indexado y que corresponden a la afiliación de la señora PATRICIA DUQUE CRUZ. Contando con un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.
- D) Ordenar a PORVENIR S.A. que deberá transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA DUQUE CRUZ, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, solo si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también a devolver el porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Deberá discriminarse los conceptos con sus



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Contando con un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.

E) Ordenar a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la señora PATRICIA DUQUE CRUZ, para lo cual se concede el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, contados a partir de recibir el dinero e información por parte de las administradoras COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y entregará a la actora su historia laboral.

F) Costas en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, y PORVENIR S.A., las que serán señaladas por el juzgado de conocimiento.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

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: PATRICIA DUQUE CRUZ
APODERADA. JHOANA ANDREA MOSQUERA LOPEZ
Jam-abogada@hotmail.com

DEMANDADO: COLPENSIONES
APODERADA: SANDRA MILENA PALACIOS MENA
www.rstasociados.com.co

PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
APODERADA: LUCUERO FERNANDEZ
ifarana@une.net.co



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

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
PATRICIA DUQUE CRUZ
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-003-2021-00303-01

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 RAMÍREZ AMAYA

Magistrado

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

Magistrado

(en uso de permiso)

Rad. 003-2021-00303-01