REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL
DESCONGESTIÓN

MAGISTRADA PONENTE: MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO

SANTIAGO DE CALI, DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

RADICADO: 76001310501520130065901.
DEMANDANTE: LILIANA DELGADO DE RESTREPO.
DEMANDADA: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

Conforme lo previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala de Descongestión de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por las Magistradas MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO, quien la preside, EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES y MARY ELENA SOLARTE MELO, se reunió con el **OBJETO** de resolver el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor del demandante, respecto de la sentencia que profirió el 15 de octubre de 2014, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca. Previa deliberación, los Magistrados acordaron la siguiente

SENTENCIA No. 242.

1) ANTECEDENTES.

a) PRETENSIONES.

Reclama la demandante que se declare *"nula la afiliación y el traslado"* del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, concretamente a COLFONDOS S.A., con el fin de que se ordene su retorno a COLPENSIONES. En consecuencia, pide que se condene al Fondo de Pensiones que traslade los aportes que efectuó con frutos e intereses. Asimismo, solicita que se condene a COLPENSIONES a que le reconozca la pensión de vejez a

partir del 7 de noviembre de 2010; además pide que se le ordene a la entidad de seguridad social que actualice su historia laboral.

b) HECHOS.

Como fundamentos fácticos relevantes de su demanda afirmó que nació el 7 de noviembre de 1955; que para la fecha de presentación de la demanda cuenta con 57 años de edad y 1245 semanas cotizadas, las cuales laboró en Colombia y España; que entre el 1 de noviembre de 1974 y el 29 de enero de 1997 aportó 846 semanas a COLPENSIONES y desde el 30 de enero de 1997 lo hizo a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por 128.14 semanas; que mientras estuvo en España, cotizó 1876 semanas; que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años y había cotizado 709.14 semanas, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que debido a un mal asesoramiento, el 30 de enero de 1997 se trasladó al R.A.I.S.; que el asesor del Fondo de Pensiones no le advirtió que por su traslado perdería el beneficio de la transición, ni le informó que tenía derecho a retractarse de la afiliación; que su historia laboral presenta una serie de inconsistencias, que son responsabilidad de COLPENSIONES y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que el 14 de junio del 2005, solicitó al I.S.S. la corrección de su historia laboral, pero su petición no fue resuelta; que pidió a *"DROGAS LA SÉPTIMA"* (en liquidación) que certificara el tiempo durante el cual prestó sus servicios; que el 21 de junio de 2013 su ex empleador certificó que laboró entre el 12 de octubre y el 2 de diciembre de 1974 y entre el 17 de noviembre de 1975 y el 15 de diciembre de ese año; que *"SERTEMPO"* también certificó los periodos en los que prestó servicios para ellos; que el 21 de diciembre de 2011, presentó ante el I.S.S el formulario de vinculación a dicha administradora; que su petición fue resuelta en conjunto con COLFONDOS S.A., entidad que el 12 de febrero del 2012 le respondió que en vista de que no cumplía con los requisitos señalados en la Sentencia SU062 de 2010, no se accedería a su pretensión; que también solicitó al Fondo de Pensiones que corrigiera su historia laboral, a lo que le contestó que el Ministerio no había incluido en su historia laboral los periodos cotizados en 1988 y 1989; que el 26 de noviembre de 2012, solicitó a COLFONDOS S.A. que le reconociera la pensión de vejez; que mediante comunicación del 11 de diciembre de 2012 la Administradora le indica que para dar trámite a su solicitud debe

pedirle a la Oficina de Bonos Pensionales que expida *"la constancia de Deceval"* para negociar el bono en el mercado de valores.

c) RESPUESTA DE LA DEMANDADA.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y en su defensa propuso las excepciones de: *"Carencia del derecho e Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido"*; *"Violación al principio constitucional de "Sostenibilidad Financiera"*; *"Prescripción"*; *"La Innominada"* y *"Declaratoria de otras excepciones"*.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS también se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló como previa la excepción de *"No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios"*, puesto que considera que debe vincularse al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y como de mérito las de: *"Prescripción"*; *"Prescripción de la acción de nulidad"*; *"Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho sustantivo y falta de acreditación de los requisitos legales para acceder a una pensión de vejez"*; *"Validez del traslado de la actora al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A."*; *"Petición antes de tiempo"*; *"Compensación"*; *"Buena fe de la entidad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS"* y la *"Innominada o genérica".*

Mediante auto no. 738 del 16 de mayo de 2014 se ordenó la integración del contradictorio con la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual al comparecer al proceso formuló las excepciones perentorias de *"Inexistencia de la obligación"* y *"Excepción genérica".*

2) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez de primera instancia mediante sentencia del 15 de octubre de 2014 decidió absolver a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, tras considerar que ella no cumplió con la carga demostrativa para que se tuviera por probado que no recibió la información

necesaria cuando decidió trasladarse de régimen pensional, ni mucho menos que hubiese sido engañada para perder el régimen de transición.

3) APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la decisión la vocera judicial de la demandante la impugnó reiterando que por la falta de información del Fondo de Pensiones, perdió el beneficio de la transición y de contera, de poder pensionarse con base en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; que COLFONDOS S.A. no respetó la expectativa legítima de pensionarse con una norma que le era más favorable; que le era muy difícil probar que fue engañada.

4) SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto del 29 de octubre de 2014, se admitió el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, no obstante, posteriormente la recurrente mediante un escrito solicitó que se aceptara su desistimiento del recurso de alzada, en vista de que COLFONDOS S.A. le reconoció la pensión de vejez. A través de auto del 27 de julio de 2016, se aceptó su desistimiento, se ordenó que en su lugar, se conociera del asunto en el grado jurisdiccional de consulta y requirió al Fondo demandado para que aportara atinente al otorgamiento de la prestación pensional en favor de la accionante. Tras requerir en diferentes oportunidades que se aportara dicha prueba documental, la misma milita de folios 17 a 72 del cuaderno de segunda instancia, de la cual se corrió traslado a las partes mediante auto del 15 de febrero de 2021.

El Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, creó el Despacho de Descongestión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali y este asunto fue remitido para ser objeto de esa medida.

Por auto del 23 de junio de 2021, se avocó el conocimiento del proceso y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020.

5) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes hicieron uso de la faculta de alegar de conclusión.

6) CONSIDERACIONES.

a) PROBLEMAS JURÍDICOS.

Conforme a los antecedentes ya planteados, se observa que en este asunto se deben resolver los siguientes problemas jurídicos: i). ¿Es nula o ineficaz la afiliación de la señora Liliana Delgado de Restrepo al R.A.I.S. y por ende, se debe declarar la ineficacia de ese acto para así entender que nunca abandonó el R.P.M.P.D. administrado hoy por COLPENSIONES? ii). ¿El hecho de que se le hubiese reconocido la pensión de vejez por parte de COLFONDOS S.A., es un impedimento para que se de aplicación a la teoría jurisprudencial desarrollada en torno a la ineficacia de la afiliación al R.A.I.S.?

Así las cosas, se procede a resolver de la siguiente manera.

a) DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL R.A.I.S.

En torno a este aspecto cabe recordar que de forma reiterada y pacífica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que el acto jurídico a través del cual el afiliado se trasladó del R.P.M.P.D. al R.A.I.S. sin haber sido debidamente asesorado, carece de efectos, o en otras palabras, es ineficaz. Ello por cuanto desde su creación, los Fondos de Pensiones tenían la obligación de suministrar la información completa, veraz y suficiente acerca de las características de ambos regímenes, así como de las ventajas y desventajas que le podría ocasionar el traslado, pues solo de esa manera el(a) afiliado(a) podía tomar una decisión libre, voluntaria y consciente.

Al respecto, en la Sentencia CSJ SL1688-2019 el Juez Límite de la Jurisdicción Ordinaria Laboral explicó que aunque la comentada obligación se ha intensificado a través del tiempo, en lo que denominó como etapas, siempre ha existido, pues se ha pasado "*de un deber de*

información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría"; obligación que se entiende como *"un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna".*

Así pues, en vista que desde la demanda se afirmó que COLFONDOS S.A. no cumplió con ese deber, no es acertada la decisión del Juez Unipersonal al afirmar que la carga probatoria recaía en la actora, puesto que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene asentado que es al Fondo de Pensiones a quien le correspondía demostrar lo contrario, es decir, que le explicó al futuro afiliado las características del Régimen, las consecuencias positivas y negativas que le acarrearía su decisión de trasladarse para que así pudiera tomar una decisión suficientemente informada. Por ejemplo en la Sentencia CSJ SL1452-2019, indicó:

> *"(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*
>
> *Bajo tal premisa,* ***frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca****.*
>
> ***En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo****, se dice con ello,* ***que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento****. En ese sentido,* ***tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta****. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"* (Se destaca por la Sala).

En el *sub-lite*, ninguna prueba se arrimó con el fin de acreditar que la señora Liliana Delgado de Restrepo recibió la debida asesoría ni que

se cumplieron con los requisitos que se exigían para la época -30 de enero de 1997 - (fl.166), que no son otros que el literal **b)** del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el numeral **1)** del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, más conocido como *"Estatuto Orgánico del Sistema Financiero"*. Cabe resaltar que el hecho de que se haya suscrito el formulario de afiliación o que en el mismo o en documento aparte se manifestase que la decisión de afiliarse al R.A.I.S. es libre y voluntaria, no es prueba de que se hubiere entregado la asesoría requerida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte de Justicia tiene adoctrinado que *"**el simple consentimiento vertido en el formulario no genera la eficacia del traslado a menos que el mismo sea informado**"* (CSJ 4373-2020 y CSJ SL1688-2019).

En virtud a la ausencia de prueba de que se hubiese suministrado la debida información a la actora, se debía declarar que su afiliación al R.A.I.S. no es válida, por lo cual, no nació a la vida jurídica y en ese sentido es ineficaz. La consecuencia lógica, es que todo regrese al estado anterior, por lo que se ha acudido a lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia CSJ Sentencia SL3464-2019, en la que expresó:

> *"En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, **la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).*
>
> *Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por **analogía** es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:*
>
> > ***La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían***

si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

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, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones" (Negrilla la Sala).

b) DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL R.A.I.S. Y LA CONDICIÓN DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE.

Si bien es cierto que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la señora Liliana Delgado de Restrepo al R.A.I.S. recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hizo un pronunciamiento, abandonando el criterio de la Sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 que, en vista de que actualmente ostenta la calidad de pensionada, ya que en el transcurso de este proceso COLFONDOS S.A. le otorgó la prestación de vejez (fls.21-28, Cuaderno de segunda instancia), no es posible ordenarse que se restituya todo a un momento anterior, toda vez que nos encontramos ante una situación jurídicamente consolidada. En la Sentencia CSJ SL373 de 2020, adoctrinó:

"Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. ***Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD****.*

Para la Corte la respuesta es negativa*, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de*

traslado (vuelta al statu quo ante)[1]*,* ***lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso****. **No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto****. Basta con relevar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida*.*

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda

[1] SL1688-2019, SL3464-2019

los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones".

Es así como ha concluido que si la pensionada considera que por la ausencia de una debida asesoría se vio afectada o sufrió un perjuicio, tiene derecho a demandar la indemnización de los mismos, sin embargo, en virtud a que esa pretensión no se incluyó en el libelo introductor, no puede el Juez Colegiado examinar si es procedente su condena.

Vistas así las cosas, se impone confirmar la sentencia de primer grado pero por las razones expuestas.

c) COSTAS.

En vista de que se conoció de esta decisión en el grado jurisdiccional de consulta, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

7) DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE DESCONGESTIÓN DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE**

CALI, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

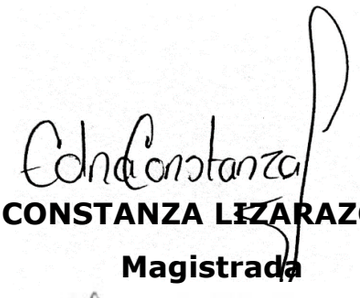
FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2014, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, Valle del Cauca, en el proceso ordinario laboral y de la seguridad social que promovió **LILIANA DELGADO DE RESTREPO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, trámite al que se vinculó al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA INÉS RUIZ GIRALDO
Magistrada Ponente



EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARY ELENA SOLARTE MELO
Magistrada
Salvamento de voto

La presente providencia debe ser notificada por edicto, con sujeción a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL2550-2021.