



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral**

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-014-2019-00055-01
Juzgado de primera instancia:	Catorce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luz Elena Bernal Muñoz
Demandadas:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Litis consorte:	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Confirma sentencia – Niega ineficacia por reconocimiento pensional en el RAIS – No proceden perjuicios.
Sentencia escrita No.	306

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia No. 38 emitida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a Colfondos S.A., devolver a

Colpensiones, los aportes y/o capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, así como sus rendimientos. Finalmente, requiere el pago de agencias del derecho y costas procesales (Páginas 4 a 12 – Archivos 01 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

Colpensiones (Págs. 41 a 46 *ibíd*), Colfondos S.A. (Págs. 62 a 84 *ibíd*) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Págs. 119 a 141 *ibídem*), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de economía procesal no se estima necesario reproducir (Arts. 279 y 280 CGP).

3. Demanda de reconvención.

Colfondos S.A., formuló demanda de reconvención en contra de la demandante principal. Requirió en caso de declararse la ineficacia, se condene a la actora a reintegrar las sumas de dinero que se le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez a partir de su reconocimiento, la indexación de dichos rubros, y las costas y agencias en derecho (Págs. 59 a 61 *ibíd*).

Mediante auto interlocutorio No. 457 del 29 de mayo de 2020, el juzgado de conocimiento dio por no contestada la demanda de reconvención por parte de Luz Elena Bernal Muñoz (Pág. 198).

4. Decisión de primera instancia.

4.1. El *A quo* dictó sentencia No. 38 emitida el 24 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación planteada por pasiva. **Segundo**, absolvió a las convocadas al litigio y litis consorte necesario, de las pretensiones del introductorio. **Tercero**, condenó en costas a la demandante.

4.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, fallo SL373-2021, la calidad de pensionada es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un estatus jurídico, que no es razonable

revertir. En tal sentido, como Colfondos S.A., reconoció la pensión de vejez en favor de la actora, no se aviene procedente declarar la ineficacia de traslado.

5. La apelación

Contra esa decisión, el apoderado judicial de la demandante, formuló recurso de apelación.

5.1. Apelación demandante.

Alude que la accionante fue engañada por parte de Colfondos S.A. En el año 2019 le hicieron firmar un documento con justificaciones engañosas. Los asesores de esa AFP le indicaron que no tendría problemas para acceder a la ineficacia en curso. Desde el mes de octubre de 2018, data en que se remitió la contestación por parte de Colfondos S.A., con información completa y detallada, algo que nunca se realizó con anterioridad en favor de la actora, ella en ese entonces tenía total claridad sobre la favorabilidad que era cambiarse de régimen. Surge por ende, la pregunta de si: *“¿Hubo un engaño por parte nuevamente de Colfondos para que ella firmara 4 meses después de la iniciación del proceso para evadir esta responsabilidad?”*. El actuar de Colfondos S.A. para con la demandante, ha sido engañoso, tanto en la primera relación contractual, como en el año 2019 cuando le hicieron firmar la pensión anticipada, para esa calenda tenía aproximadamente 59 años de edad.

En la sentencia SL373-2021, también se habla sobre la indemnización por el engaño sufrido. En caso de no proceder la ineficacia, se deben calcular los perjuicios ocasionados a la actora.

6. Trámite de segunda instancia

6.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

6.1.1. Parte demandante:

Ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación. Expresó que, al momento de firmar el traslado de régimen pensional, la actora nunca tuvo una asesoría adecuada por parte del fondo privado. Aceptó que desde junio de 2019 percibe su mesada pensional, pero nuevamente engañada por el fondo privado. Requiere se concedan las pretensiones de la demanda o en su defecto, la indemnización por daño emergente y lucro cesante.

6.1.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Precisó que no existe fundamento jurídico para acoger las pretensiones de la accionante en lo que refiere al retorno al RPM. Solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

6.1.3. Colpensiones:

Manifestó que se debe aplicar el fallo SL373-2021, toda vez que, a la demandante ya le fue reconocida la pensión de vejez por parte del fondo privado. Agregó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es de obligatorio acatamiento por parte de los jueces.

6.1.4. Colfondos S.A., guardó silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Es procedente declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS, pese a disfrutar de una pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado?

1.2. De ser negativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿Es viable condenar al fondo privado por los perjuicios reclamados por el recurrente?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de negar la ineficacia de traslado de régimen pensional. La demandante ostenta la calidad de pensionada en el RAIS, situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer. Por ende, se confirmará la decisión frente a este puntual aspecto.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es el fondo el que está obligado a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

No obstante, la mentada Corporación en providencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475, estableció que no procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, cuando el demandante se encuentre pensionado en el RAIS. Precisó que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir. No se puede obviar la calidad de pensionado, toda vez que de proceder así, daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Para adoptar tal determinación, indicó en extenso, que:

“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 revertir 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.

(...)

Por lo tanto, no se trata solo de revertir 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 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”.*

El anterior criterio, ha sido ratificado por la misma Corporación en providencias SL3707 del 18 de agosto de 2021, radicación No. 86706 y SL3871 del 25 de agosto de 2021, radicación No. 88720, entre otras.

En consecuencia, esta Sala Primera de Decisión Laboral, acoge el precedente jurisprudencial en comentario. Por tanto, debe entenderse que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer. En ese sentido, no se aviene precedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ostente la calidad de pensionado, por cuanto de hacerlo así, se afectarían derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de los diferentes actores del Sistema General de Pensiones, circunstancia que además, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de la historia laboral de Colpensiones¹, el formulario de traslado de régimen pensional², el certificado para bono pensional³ y el historial de vinculaciones⁴, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 25 de mayo de 1982 al 30 de septiembre de 1994.
- b. Según el formulario de vinculación, el 20 de septiembre de 1994, la

¹ Archivo 01 – PDF – Página 22.

² Archivo 01 – PDF – Página 21 y 86.

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 107 a 108.

⁴ Archivo 01 – PDF – Páginas 105.

demandante radicó el traslado al RAIS a través de la Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de octubre del mismo año, administradora en la que continuó aportando.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, a la demandante no se le informó detalladamente los riesgos que tendría, ni mucho menos la proyección comparativa de los regímenes pensionales para poder establecer las ventajas o desventajas.

2.3.3. Por su parte, Colfondos S.A., al dar contestación a la demanda principal, recalcó que, dicha AFP sí brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional (Págs. 62 a 84 – Archivo 01 – PDF). De otro lado, en la demanda de reconvención, el fondo privado informó que se había reconocido la pensión de vejez en favor de la demandante en el RAIS (Págs. 59 a 61 *ibíd*).

2.3.4. En este contexto, conviene precisar que no es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen, alegando las desventajas o beneficios que implicarían su decisión, pues tales preceptos, tienen como destinatario el afiliado al sistema y no a quien ya adquirió el estatus de pensionado. En el *sub lite* se allegaron al plenario las siguientes documentales que dan cuenta de la emisión del bono pensional y calidad de pensionada de la actora:

i) Memorial del 10 de junio de 2019. Colfondos S.A. le informa a la demandante del reconocimiento de la pensión de vejez solicitada, en modalidad de retiro programado en monto mensual de \$1.560.000, a partir de mayo de esa anualidad. Le indica que, dado el saldo de la cuenta de ahorro individual en el RAIS y el valor del bono pensional, dicho patrimonio es suficiente para financiar la mentada prestación (Págs. 103 a 104 *ibíd*).

ii) Resolución No. 18833 del 17 de diciembre de 2018, a través de la cual, el Jefe de la Oficina de Bonos Pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emite el cupón principal de los bonos pensionales de los afiliados al RAIS. En dicho acto se enlista el bono en favor de la demandante (Págs. 144 a 152 *ibídem*).

En consecuencia, colige la Sala que al adquirir la demandante el estatus jurídico de pensionada y con ello, una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un estatus jurídico, no es razonable revertir o retrotraer tal condición. Nótese que su mesada pensional en el RAIS, es financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional. Por tanto, en aplicación del precedente jurisprudencial en comento, no deviene procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Los anteriores razonamientos permiten despachar de manera desfavorable los argumentos del recurrente, referentes a que la promotora de la acción fue “*engañada*” al momento de solicitar la prestación pensional. Ello, por cuanto: **i)** la situación jurídica de la demandante ha quedado definida y consolidada bajo el imperio del régimen jurídico de la pensión de vejez en el RAIS, circunstancia que impide retrotraer su traslado al RPM; **ii)** Por ser un hecho sobreviniente, Colfondos S.A., informó en la demanda de reconvención sobre el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS; y **iii)** El mentado profesional del derecho, omitió contestar el libelo de reconvención, oportunidad procesal en la que debía fijar su posición frente a los hechos, pretensiones y medios de prueba aportados por el fondo privado, situación que en todo caso, no puede subsanar en el recurso de apelación so pena de transgredir el derecho de defensa.

En todo caso, en fallo SL1692 del 05 de mayo de 2021, radicación No. 83127, la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3 de la C.S.J., ilustró que no se puede desconocer el reconocimiento pensional otorgado en el decurso del proceso. En ese escenario, también reiteró la improcedencia de la ineficacia del traslado por parte del pensionado.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó la declaratoria de ineficacia del traslado, al haberse acreditado en el *sub lite* la calidad de pensionada en el RAIS por parte de la demandante.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **negativa**. En la demanda no se pretendió la indemnización total de perjuicios a cargo de las convocadas al litigio. Por

tanto, en aplicación de los principio de congruencia no es procedente abordar dicho concepto de manera oficiosa.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la citada sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475, determinó que, a pesar de no ser procedente la declaratoria de ineficacia en los casos donde el demandante ostente el estatus de pensionado, ello no significa que, en caso de considerarse lesionado, pueda obtener una reparación. Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su prestación pensional, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

3.3. Caso en concreto.

En el acápite de pretensiones del libelo demandatorio principal, se requiere: **i)** se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM al RAIS; **ii)** se haga efectivo el traslado a Colpensiones; **iii)** Colfondos S.A., traslade al RPM, los aportes y/o capital de la cuenta de ahorro individual de la actora, así como sus rendimientos; **iv)** se declare que hubo un engaño para el traslado de régimen pensional; y **v)** el pago de agencias del derecho y costas procesales (Páginas 4 a 12 – Archivos 01 – PDF).

Posteriormente, ante las resultas del proceso en primera instancia, el apoderado judicial de la demandante requirió en su recurso de apelación, se

condene a la indemnización total de perjuicios a cargo del fondo privado demandado. Dicho requerimiento lo fundamentó en los criterios esbozados por la Sala de Casación Laboral en el pluricitado fallo SL373-2021.

No obstante, colige la Sala que el requerimiento efectuado ante el *Ad quem* por activa, no resulta procedente, toda vez que: **i)** no hizo parte de las pretensiones de la demanda principal; **ii)** al estudiarse de fondo dicha temática, se transgrediría el principio de congruencia dispuesto en el artículo 281 del C.G.P., aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.; **iii)** la Sala no puede suplir la inactividad de la parte demandante, quien omitió reformar la demanda y contestar el libelo de reconvención, escenarios procesales en los que pudo instaurar tal pedimento; y **iv)** dicha indemnización de perjuicios no se constituye como un derecho mínimo e irrenunciable que haga procedente la facultad excepcional del *Ad quem* para fallar ultra y extra petita, más aún cuando se trata de conceptos no debatidos y probados en juicio.

Lo anterior, se acompasa con lo señalado por la mentada Corporación en la providencia invocada por el mismo profesional del derecho, en la que se concluyó: *“En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad”*. Dicho argumento se replicó en sentencia SL3535 del 04 de agosto de 2021, radicación No. 88234.

Colofón de lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia, objeto de apelación, pero por estas potísimas razones.

4. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de la apelante, Luz Elena Bernal Muñoz, y en favor de Colpensiones y Colfondos S.A.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la apelante, Luz Elena Bernal Muñoz, y en favor de las demandadas, Colpensiones y Colfondos S.A. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Ve

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento de voto)



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)