



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 35

Audiencia pública número 284

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), siendo la fecha y hora señalada por auto que precede, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 260 del 11 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por JORGE FRANCISCO ESTELA URIBE contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

Dentro de la oportunidad legal el apoderado de COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión, manifestando que el actor eligió cambiar de régimen de forma libre y espontánea y sin presiones y dando cumplimiento a la Ley 797 de 2003, artículo 2º, literal E. Razón por la cual no era procedente la nulidad de traslado declarada en primera instancia.



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

SENTENCIA No. 281

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo el actor del Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., ordenándose el regreso automático del actor al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, condenándose a PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 02 de agosto de 1959, que cotizó ante el Instituto de Seguros Sociales 607 semanas. Que el 01 de agosto de 1999 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.

Que el 13 de junio de 2017 solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen pensional, por cuanto PROTECCION S.A. violó las normas y disposiciones que debía de haber asumido para con los afiliados, tanto en la etapa previa a la afiliación como en las etapas posteriores a la misma, dentro de las cuales está el deber de informar con suma diligencia y pericia, respecto a los pro y contra de las afiliaciones al régimen de ahorro individual.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



COLPENSIONES, a través de mandataria judicial da respuesta a la acción, aceptando el hecho que hace referencia al traslado de régimen pensional que hizo el demandante en agosto de 1999. Oponiéndose a las pretensiones porque el acto de traslado fue realizado por el promotor de esta acción, de manera libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, como son capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, correspondiéndole al actor demostrar lo contrario. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, innominada, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para la reclamación.

PROTECCION S.A. a dar respuesta a la acción a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, porque el acto de la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y la selección de régimen fue libre, espontánea y son presiones, máxime que en las oportunidades legales no manifestó el deseo de retractarse y el actor no cumple con el requisito del traslado de régimen porque no tiene 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, ya que sólo presenta 290 semanas cotizadas a esa calenda. Propone las excepciones de fondo que denominó: 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, validez del traslado del actor al RAIS, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la ineficacia y por tanto, sin validez alguna el traslado de régimen pensional entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual. Condena a PROTECCION S.A. a realizar el traslado a la administradora de



pensiones del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere percibido y/o recibido con motivo del traslado del actor, tales como cotizaciones realizadas en la cuenta individual, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con sus intereses, rendimientos, frutos que hubiere percibido e igualmente, deberá trasladar los valores por concepto de gastos de administración que hubiere recibido la demandada durante el tiempo que el demandante estuvo en el RAIS. Además, ordena a COLPENSIONES que una vez reciba los recursos señalados, sean éstos imputados en la respectiva historia laboral del demandante y en las demás cuentas que corresponda del régimen de prima media.

Para arribar a esa conclusión el A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales y que no había dentro del plenario sustento probatorio por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad convocada al proceso, porque a ésta le correspondía la prueba de acreditar que al demandante le brindaron una asesoría acertada, clara y veraz que no lo indujera en error al momento del traslado

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PROTECCION S.A. formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, argumenta que la afiliación que el actor hizo a esa entidad fue libre y voluntaria, razón por la cual la demandada no tiene responsabilidad. Igualmente censura que se ordene trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima y gastos de administración, dado que si se declara la ineficacia del traslado, significa que las cosas retornan al lugar en donde estaban antes de esa afiliación, y PROTECCION S.A. no hubiera hecho la gestión de recibir los aportes y los valores en la cuenta de ahorro individual



del demandante, por lo que sin esa gestión no existen rendimientos, además que la orden de transferir gastos de administración y rendimientos, genera un enriquecimiento sin causa y un cobro de lo no debido. Debe tenerse en cuenta que los gastos de administración están autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y rigen para ambos regímenes pensionales.

Igualmente, formula el recurso de apelación el apoderado de COLPENSIONES, considerando que la ineficacia del traslado ordena por el A quo, es un atentado contra la estabilidad financiera del sistema, vulnerando los derechos de los demás afiliados del régimen de prima media y viola los principios de seguridad social, razón por la cual solicita su revocatoria.

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 esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad del traslado efectuado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de acuerdo con la respuesta al anterior interrogante, se determinará si es viable ordenar a la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso que transfiera además del capital, los rendimientos, los gastos de administración y el porcentaje de la garantía de pensión mínima y, si con la declaratoria de ineficacia del traslado de



régimen pensional se vulnera derechos a los afiliados y se atenta contra la estabilidad financiera.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que el promotor de esta acción estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el ISS desde el 11 de julio de 1984 al 29 de marzo de 1996, como lo reporta el resumen de la historia laboral allegada a folios 93 vto. Que en junio de 1999 se afilió a la Administradora del Fondo de Pensiones COLMENA y en el mes de agosto de 2002 se vincula con la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A, como lo certifica la documental obrante a folios 92 del plenario, habiendose incorporado además, el formulario de vinculación del actor a la administradora llamada al proceso (fl. 85)

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 los fondos privados llamados al proceso expusieron que a vinculación del actor fue dada de manera libre y voluntaria.

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 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.

Sobre la temática que nos ocupa, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sentencia SL 1452, radicado 68852 del 03 de abril de 2019, precisando:

“En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus



fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Igualmente, nuestro órgano de cierre, en sentencia radicado 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, considera la parte pasiva que el acto de afiliación o traslado que hizo el actor al régimen de ahorro individual, fue libre, voluntario, por lo tanto, exento de vicios de consentimiento, correspondiéndole al demandante demostrar lo contrario.

Si bien, el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión que hace el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Pero ante las pretensiones de la acción, hay una inversión de la carga de la prueba, porque el demandante ha manifestado que no recibió la información suficiente sobre las consecuencias del traslado del régimen pensional, desprendiéndose de ello un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, razón por la que corresponde a la administradora del fondo de pensiones, acreditar que suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado 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. (Sentencia SL 1452 de 2019)

En palabras de nuestro órgano de cierre, en el precedente citado, ha expuesto:

“Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado 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 esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Deber procesal en que incurrió las llamadas al proceso que administra el régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello, genera sanciones, como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1688 de 2019, esto es, que cuando hay una afiliación desinformada, conduce a la ineficacia o exclusión de todo efecto el traslado de régimen pensional. Exponiendo:

“Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Cuando el acto de afiliación es ineficaz, la consecuencia jurídica, es declarar que éste no ha existido, es decir, el estado de cosas se retrotraen al estado en que se hallaría, es decir, se debe entender que el actor regresa al régimen pensional de prima media con prestación definida y de ahí surge la obligación del fondo o fondos privados de pensiones de trasladar a la administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de



administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

De otro lado, en el régimen de prima media no hay porcentaje para la pensión con garantía mínima, razón por la cual el capital a transferir a COLPENSIONES, debe ser el total de lo ahorrado, como se indicó en líneas anteriores.

Además, la orden dada a la administradora de pensiones del régimen de ahorro individual de transferir el capital, rendimientos y gastos de administración, vulnere derechos a los afiliados ni ponga el riesgo de la estabilidad financiera, porque al declararse la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, conlleva la declaratoria de la restitución de las cosas al estado anterior, que no es otro, que el retorno del afiliado al régimen de prima media y con ello todos sus aportes con los rendimientos, los que pasarán a COLPENSIONES como actual administrador de ese régimen y que con ellos se cubre las contingencias pensionales de conformidad con la ley

Por consiguiente, no son de recibo los argumentos de la parte pasiva, que conllevarán a mantenerse la decisión de primera instancia, habiéndose hecho pronunciamiento dentro del contenido de esta providencia sobre los alegatos formulados por el apoderado de COLPENSIONES.

Costas en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción, por no haber salido avante los argumentos de las partes recurrentes. Fíjese como agencias en derecho la suma



equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades que integran la parte pasiva de la litis.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 260 del 11 de septiembre de 2019, emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción, por no haber salido avante los argumentos de las partes recurrentes. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades que integran la parte pasiva de la litis.

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: JORGE FRANCISCO ESTELA URIBE
APODERADO: DIEGO FERNANDO HOLGUIN CUELLAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JORGE FRNACISCO ESTELA URIBE
VS. COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
RAD. 76001-31-05-010-2017-00434-01.

diferholquin@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: HECTOR JOSE BONILLA LIZCANO
www.worldlegalcorp.com

PROTECCION S.A.
APODERADA: DILMA LINETH PATIÑO IPUS
mariaezu@gmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada

Rad. 010-2017-00434-01