



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 40

Audiencia número: 308

En Santiago de Cali, a los veintiséis (26) días del mes de noviembre 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 472 del 18 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por DAMARIS ALZATE MARTINEZ contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

AUTO N. 554

Reconocer personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO como apoderada suplente de la firma MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALISTAS SAS, para que represente a COLPENSIONES.



Igualmente, se acepta la sustitución del poder que hace al abogado JORGE A. MORENO SOLIS, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.144.167.557, con tarjeta profesional número 253.865, para que actúe como mandatario judicial de COLPENSIONES de conformidad con el memorial poder allegado de manera virtual.

La anterior decisión queda notificada junto con la sentencia que a continuación se emite.

ALEGATOS

Dentro de la oportunidad procesal, las partes formularon alegatos de conclusión, bajo los siguientes argumentos:

Parte actora: Solicita se confirme el proveído de primera instancia, porque se acreditó dentro del plenario que la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso no cumplió con la carga probatoria, cual era la de acreditar que a la actora le brindaron una información clara, completa, comprensible al momento en que ella se traslada de régimen pensional

COLPENSIONES: Afirma que la demandante está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, razón por la cual no se puede acceder al traslado en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Además, que la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual fue un acto voluntario de ella, confirmado con la permanencia en el RAIS, amén de que no demostró vicios del consentimiento al momento del traslado de régimen pensional, razón por la cual la afiliación al régimen de ahorro individual es válida.

PROTECCION S.A. Reitera la censura a la condena que se impuso en el proveído de primera instancia, en cuanto se ordenó transferir lo correspondiente a gastos de administración, señalando que la comisión de



administración es aquella que cobra las administradoras de fondo de pensiones en ambos regímenes por la administración de los aportes y que así lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

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

SENTENCIA No. 306

Pretende la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad por la existencia de un vicio del consentimiento generado a raíz del incumplimiento del deber de información a cargo de las demandadas. Reclama, que se condene a PROTECCION S.A. a trasladar a la actora al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, condenándose a PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC y se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado de la promotora de esta acción.

En sustento de esas pretensiones, argumenta la actora que nació el 22 de marzo de 1968. Que inició su vida laboral el 29 de noviembre de 1991, cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales, régimen en el que permaneció hasta el 28 de febrero de 1999, porque a partir del 01 de marzo de esa anualidad se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad-RAIS, administrado por PROTECCION S.A.



Que el traslado de régimen pensional que hizo la actora, no fue precedido de una asesoría adecuada, por cuanto no se le expusieron de manera clara y certera la proyección de la mesada pensional, ni le evaluaron los beneficios o desventajas, ni se le explicó las diferentes reglas aplicables para calcular el monto de la pensión. Ello conlleva que el IBL que se obtendría en cada régimen pensional sea muy diferente, siendo menor el que arrojaría en el RAIS.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderado judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, porque la selección de uno cualquiera de los regímenes es única y exclusiva del afiliado, de manera libre y voluntaria, por lo tanto, el traslado goza de plena validez. Formula en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PROTECCION S.A. también atendiendo el llamado, manifiesta que se opone a las pretensiones, por cuanto no existió omisión por parte de esa entidad, porque a la demandante se le entregó toda la información para que tomara una decisión referente al traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera informada. Que, sumado a ello, no puede pretender la actora que luego de 17 años del traslado de régimen pensional, endilgarle responsabilidad a la entidad demandada, de una responsabilidad por una decisión propia y autónoma de la demandante. Además, la actora no hizo uso de la facultad de retractarse de afiliación que le hubiera permitido regresar al régimen de prima media.

Plantea las excepciones de mérito que denominó: Validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de régimen del régimen de prima media



al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia del traslado entre administradoras de fondo de pensiones privado realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara dejar sin efectos el traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPESIONES sin solución de continuidad. Condena a PROTECCION S.A. a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la demandante junto con sus respectivos rendimientos y gastos de administración.

Para arribar a esa conclusión la A quo se apoyó en precedentes jurisprudenciales y que no había dentro del plenario sustento probatorio por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad convocada al proceso, porque a ésta le correspondía la prueba de acreditar que a la 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, el mandatario de PROTECCION S.A. formula el recurso de alzada, argumentando que se ha condenado a esa entidad a trasladar los aportes de la cuenta individual y el rendimiento financiero de administración, a su vez condenó al pago de costas y agencias en derecho. Afirmando que los gastos de administración o comisión de administración es aquella que cobran las administradoras de fondo de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados de cada aporte del 16% del ingreso de cotización que ha realizado la demandante al sistema general de pensiones, puesto que la administradora del fondo de pensiones le ha descontado el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro provisional en la compañía de seguros que se encuentra debidamente autorizado por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media. Y durante el tiempo de permanencia de la actora en esa entidad, ésta le ha administrado los dineros que los mismos han depositado en su cuenta de ahorro individual y se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado. Propone que en el evento en que mantenga la nulidad e ineficacia de la afiliación y se orden la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros generados por la buena gestión realizada, pero que no es procedente que se ordene la devolución de lo que descontó por gastos de administración: porque si las consecuencias de la nulidad o la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, esto se debe entender que el contrato nunca existió y por ende PROTECCION S.A. nunca debió administrar la cuenta de la actora, dicha cuenta no se causó, no se debió cobrar una cuenta de administración. Considerando que de confirmarse la decisión se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora, ya



que estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena gestión de la demandada, vulnerándose el derecho a la igualdad.

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 la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de acuerdo a la respuesta, se definirá si es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración y si se encuentra ajustada la decisión de condenar en costas a la parte pasiva de la liti.s

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el Instituto de Seguros Sociales, con quien cotizó 280 semanas (fl. 30).

Que el 13 de enero de 1999 suscribe formulario de vinculación en materia pensional con la sociedad COLMENA AIG (FL. 153)



Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta viciada y así analizar su consecuente nulidad, frente a dicha afirmación el fondo privado demandado expuso en su defensa que si le brindó asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

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.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión



trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte de la demandante que impiden la nulidad solicitada. Pero en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

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



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

Censura la parte demandada, que se haya ordenado la transferencia de los dineros que corresponden a gastos de administración. Cabe aclarar que si bien esta Sala en anterior pronunciamientos había considerado que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:

“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones....”

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019)



Al declararse la nulidad o ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, deja sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, reiterándose que corresponde a la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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, razón por la cual, se mantendrá la providencia de primera instancia.

Ahora, con relación a la condena en costas, la Sala parte de lo dispuesto en el Art. 365 del Código General del Proceso, aplicable por analogía dispuesta en el Art. 145 del C.P.L y S.S., el cual, dispone en su numeral 1° en lo que interesa al proceso que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación...”*.

De acuerdo con los hechos de la demanda, es claro que la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad fue vencida en el proceso, no habiendo salido avante los argumentos de la defensa ni los expuestos al formular el recurso de apelación, por consiguiente, en aplicación de la norma en cita, se debe mantener la decisión de primera instancia.

Bajo las anteriores consideraciones, se han atendido los alegatos de conclusión presentados por las partes

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.



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 472 del 18 de diciembre de 2019, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

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: DAMARIA ALZATE MARTINEZ
APODERADA: CARMEN ELENA GARCES NAVARRO
carmen_elena_g2000@yahooo.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: CARLOS STIVEN SILVA GONZALEZ
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

PROTECCION S.A.
APODERADO. ROBERTO CARLOS LLAMAS MARTINEZ
roberto.llamas@llamasmartinezabogados.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
DAMARIS ALZATE MARTINEZ
VS. COLPENSIONES, PROTECCION S.A
RAD. 76001-31-05-012-2019-00615-01.

MINISTERIO PUBLICO:
SANDRA MILENA TINTINAGO CAICDO

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

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA

Magistrado

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada

Con ausencia justificada

Rad. 012-2019-00615-01