



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 327

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre 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, HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO 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 526 del 12 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por ARIADNA SOFIA ROBLEDO MONTAGUR contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

ALEGATOS

El apoderado de COLPENSIONES, manifiesta que la afiliación de la actora al RAIS tiene plena validez y no procede el traslado porque la demandante está a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional



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

SENTENCIA No. 324

La demandante presenta como pretensiones principales, que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 23 de febrero de 1996 que hizo al fondo de pensiones PROTECCION S.A. y como consecuencia de lo anterior, se entienda sin solución de continuidad la afiliación a COLPENSIONES, para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Que se ordene a PROTECCION S.A. al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros. Además, se ordene a COLPENSIONES que de manera inmediata acepte el regreso de la actora al régimen de prima media, sin solución de continuidad y reciba los aportes que deberá trasladar PROTECCION S.A. Subsidiariamente, solicita, que se declare la ineficacia de esa afiliación que hizo la actora a PROTECCION S.A. sin solución de continuidad la afiliación ante COLPENSIONES, ordenándose el traslado de los aportes y rendimientos que la actora tiene en la cuenta de ahorro individual y que COLPENSIONES acepte el reingreso y/o traslado al régimen de prima media y reciba los aportes que le transfiera PROTECCION S.A.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 26 de enero de 1969. Que se afilió al Instituto de Seguros Sociales a partir del 10 de diciembre de 1991 y el 23 de febrero de 1996 firmó formulario de afiliación con PROTECCION S.A. Que al momento de hacer el traslado de régimen pensional la información que recibió sólo se enfocó en resaltar las ventajas del régimen privado y los beneficios que recibiría en el régimen de ahorro individual.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



COLPENSIONES, a través de apoderado judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, afirmando que si bien, la pretensión no está dirigida contra esa entidad, pero teniendo en cuenta los documentos aportados con la demanda, no se logra inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento. Además, que no es procedente ordenar el traslado como lo tiene previsto el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.

PROTECCION S.A. igualmente se opone a las pretensiones de la demanda, porque la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se hizo con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección la realizó la demandante de forma libre y espontánea, sin precisiones y en las oportunidades legales no manifestó su deseo de retracto. Plantea las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación de la actora al RAIS, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

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 la ineficacia del traslado de la actora que hizo del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. y en consecuencia esa entidad deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, sumas



recibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas y los rendimientos que haya generado.

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

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de la parte pasiva formularon el recurso de alzada, bajo los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: señala que actualmente la demandante cuenta con 47 años de edad, y para la época del traslado estaba en pleno derecho para realizar dicha afiliación, teniendo plena validez el mismo; que respecto a la nulidad esta no procede de conformidad al literal e) de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, al estar la libelista próxima a adquirir el derecho pensional, ésta ya no podría cambiarse de régimen, puesto que legalmente no se le está permitido.

PROTECCION S.A. Aduce que la comisión de la administración es aquella que cobran las administradoras de fondo de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta individual del afiliado; que cada aporte del 16% del ingreso base de cotización que ha realizado la demandante al sistema general de pensiones, donde la administradora de fondo de pensiones le hace el descuento del 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuentos que se encuentran autorizados en la ley, por ello, no se puede



ordenar la devolución ni de rendimientos, ni la comisión de administración, toda vez que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos por la buena gestión de la administradora de fondo de pensiones y que se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó la entidad, vulnerándose el derecho a las administradora de fondo de pensiones de las restituciones mutuas, como frutos, intereses y mejoras.

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.

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, desde el 10 de diciembre de 1991 al 06 de octubre de 1994, como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES aportada a folios 13. Igualmente, se aportó copia del formulario de vinculación a PROTECCION S.A. firmado el 23 de febrero de 1996 (fl.10) .



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,



conlleve 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.

Censuran 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 anteriores 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 de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, razón por la cual, se mantendrá la providencia de primera instancia.

Igualmente, se censura la sentencia con fundamentos que no son atendibles, porque si bien el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declarase así, conlleva a que el estado de cosas retorne al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual. Como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente que cancelará cada una de las entidades antes citadas a la actora.

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 526 del 12 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente que cancelará cada una de las entidades antes citadas a la actora.

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: ARIADNA SOFIA ROBLEDO MONTAGUT
APODERADA: LINDA KATERINE VASQUEZ VASQUEZ
ana.sanabria@comomepensiono.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: EDWIN JHOVANY FLOREZ DE LA CRUZ
www.rstasociados.com.co

PROTECCION S.A.
APODERADA: CLAUDIA XIMENA RAYO CALDERON
mariaezu@gmail.com



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
ARIADNA SOFIA ROBLEDO MONTAGUT
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-008-2019-00580-01

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

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado

Con ausencia justificada
Rad. 008-2019-00580-01