



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

Acta número: 24

Audiencia pública número: 220

En Santiago de Cali, a los quince (15) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ 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 212 del 22 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por GALO ENRIQUE HURTADO PRADO contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A.

Las partes no presentaron alegatos de conclusión, a continuación se emite la siguiente

SENTENCIA No. 191

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A., ante la omisión de ese fondo del deber de información que lo indujeron a error, al manifestarle que su pensión sería más alta, en consecuencia de lo anterior se ordene su regreso automático al régimen de prima



media y se disponga trasladar todos los dineros de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 5 de junio de 1957, que inició su vida laboral afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de agosto de 1981, donde se mantuvo hasta agosto de 1994 cuando se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual, administrado por COLFONDOS S.A. sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la debida asesoría o informado de manera veras sobre las condiciones reales de su derecho pensional, pues al decirle que el ISS se iba a acabar y que en ese régimen su pensión sería más alta y en menos tiempo, lo indujeron a error; que en agosto de 1995 se afilió a PROTECCION S.A. y que el 23 de julio de 2019, al conocer la gran diferencia en el monto de su mesada pensional en uno y otro régimen, solicitó su traslado, obteniendo respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que el demandante realizó su traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria, en ejercicio de su legítimo derecho a la libre escogencia, que los vicios del consentimiento deben probarse más allá del dicho de la propia parte y que a la fecha ha superado el límite de edad para acceder al traslado pretendido. En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: innominada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Se vinculo en litis consorcio necesario a PROTECCION S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, argumentando que el demandante fue ilustrado de manera suficiente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales, tomando su decisión inequívoca de afiliarse al de prima media con prestación definida, de manera libre y sin presiones. Formula las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver las comisiones de administración, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional,



buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción, carencia de acción, incumplimiento de los requisitos legales, constitucionales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus actos, compensación e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, inicialmente se allanó a las pretensiones de la demanda, pero ante el rechazo de tal figura por parte del Despacho, dio contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones, argumentando para tal efecto que el demandante fue ilustrado de manera suficiente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, tomando la decisión inequívoca de vincularse al de ahorro individual con solidaridad, de forma libre, espontánea y sin presiones, con el lleno de los requisitos legales y con total ausencia de causales de nulidad (absoluta o relativa) y no por la presunta falta de información por los funcionarios de COLFONDOS S.A. En su defensa formula las excepciones que denomino: validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver las comisiones de administración, inexistencia de la obligación de devolver los aportes de la cuenta individual, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus actos, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y de todas las afiliaciones que haya tenido entre administradoras del último régimen, conservándose en el régimen de prima media, sin solución de continuidad, en consecuencia, ordena a PROTECCION S.A. trasladar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES la totalidad de los aportes que tiene actualmente en su cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el



artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente a la actora sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.

RECURSO DE APELACION

PROTECCION S.A. formuló su recurso, solicitando que se revoque la orden de devolución de los gastos de administración toda vez que son de origen legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de los fondos de pensiones y con el diligente manejo de éstos se generan beneficios para los afiliados y si el efecto de la declaratoria de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado original no hay rendimientos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se concede la 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

Clarificado como se deja la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, 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, junto con la devolución de los gastos de administración.

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 febrero de 1980 y permaneció así hasta septiembre de 1994, cuando se afilió a COLFONDOS S.A. para luego, en agosto de 1995, vincularse con PROTECCION S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada de folios 11 a 32.

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 el fondo privado demandado expuso en su defensa que sí le brindó la debida asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro 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). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar 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.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:



“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte pasiva que, con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte del 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, se omitió el deber de acreditar que al actor se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen, a fin de que tomará la mejor decisión, en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí existía disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales clientes: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Con respecto a la censura formulada por PROTECCION S.A., en cuanto la A quo le ordenó devolver, además, las sumas que corresponden a gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la Ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además la 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 ahora acoge 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 ineficacia del traslado, conlleva el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. 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. Por consiguiente, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene el actor en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración, los que serán devueltos por las dos administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso, en virtud de la consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a favor del promotor 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.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia número 212 del 22 de octubre de 2020, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

ORDENAR a las sociedades ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, una vez ejecutoriada esta providencia, a realizar el traslado de todos los dineros



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
GALO ENRIQUE HURTADO PRADO
VS. COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A.
RAD. 76001-31-05-012-2019-00600-01

cotizados en la cuenta de ahorro individual, del señor GALO ENRIQUE HURTADO PRADO, incluido rendimientos, bonos pensionales si los hubiere recibido y gastos de administración, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por el tiempo que cada una administró los aportes, del demandante, al sistema de seguridad social en el régimen de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 212 del 22 de octubre de 2020, emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta,

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fijese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: GALO ENRIQUE HURTADO PRADO
APODERADA: DIANA CAROLINA CASTILLO GUEVARA
Correo electrónico: sociedadcastillosas@gmail.com

DEMANDADO. COLPENSIONES
APODERADA: ANA ALEJANDRA ORTEGON FAJARDO
Correo electrónico:
secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com

DEMANDADO. PROTECCION S.A.
APODERADO: OMAR FELIPE BOTERO LARA
Correo electrónico:
roberto.llamas@llasmartinezabogados.com.co

DEMANDADO. COLFONDOS S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
GALO ENRIQUE HURTADO PRADO
VS. COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A.
RAD. 76001-31-05-012-2019-00600-01

APODERADO: OMAR FELIPE BOTERO LARA
Correo electrónico:
roberto.llamas@llasmartinezabogados.com.co

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


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 012-2019-00600-01