



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Hoy **_16 DE JULIO DEL 2020**, siendo las **_2:00Pm**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No._112**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA y el Dr. GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **HILDA MARINA DEL SOCORRO MAYA RESTREPO** en contra de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, bajo radicación **001-2017-0743-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por la parte demandante en contra de la *sentencia No. 264 del 13 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Cali*; en dicha providencia se ABSOLVIÓ de declarar la nulidad de una afiliación pensional al RAIS.

Motivo de la absolución: i) Se encuentra la señora Hilda Marina del Socorro afiliada al RAIS Administradora por Protección s.a desde el año 1996, siendo esta la primera vinculación de la actora al sistema de seguridad social en pensiones, momento en el que existían y estaban vigentes los dos regímenes pensionales actuales, por lo que se entiende que desde el inicio de la vinculación de la actora al referido sistema esta contaba con la posibilidad de tomar la decisión y de informarse sobre las incidencias y efectos jurídicos de cada uno de los regímenes, tomando la decisión de afiliarse al RAIS, decisión que perduraba durante toda su vida laboral sin ni siquiera intentar en el curso de la misma un traslado de régimen a régimen de prima media o de fondo dentro del mismo RAIS lo que hace deducir a esta operadora judicial que la actora reafirmo y estaba de acuerdo con la vinculación inicial, ii) es improcedente la nulidad solicitada porque no se deduce de la acción que el actor en algún momento de su vida laboral se hubiera encontrado inconforme con la elección del régimen pensional realizado, toda vez que nunca estuvo afiliada al RPM administrada por I.S.S.

RECURSO DE APELACIÓN: a) la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente señalan las normas en especial la de los dos artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994, cumplir todas con sumas diligencias, con prudencia y pericia y además todas aquellas que integran la fuerza de la naturaleza que integran las mismas, como lo manda el artículo 1603 del código civil regla válida para las obligaciones, b) al momento de la primera afiliación realizada a Protección en el año 96 el asesor del servicio de dicha AFP no le explicó al dte todas las implicaciones, ventajas y desventajas que conllevaban la afiliación del régimen y haberle realizado una re asesoría, esta se basó en engaños y lo podemos ver hoy en día con la gran diferencias en las mesadas pensionales de ambos regímenes faltando a la transparencia, la buena fe y el debido proceso de información en cuyo caso la jurisprudencia y doctrina han establecido que esta debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, teniendo en cuenta lo anterior resulta evidente que el engaño que sufrió la señora Hilda Marina del Socorro Maya tiene su fuente la falta del deber de información y el mal consejo en el que incurrió Protección desde la primera vinculación.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como los escritos presentados en esta instancia por las partes:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/Ed460ARd8fFPipZT3WmZKo0BvjFWmNJK6zueDTOPgqgQTA?e=j44dHF

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EfCtrB1BOH5lvXuqYFVmeu8BDSHLNiGkHpEUIHGb113Npg?e=DaSnI2

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:b/g/personal/ccarrenr_cendoj_ramajudicial_gov_co/EdpjADY4c9ZKkOjYpzgjSXIBXC7q06vx2d7KqDNA0UXnQw?e=lldrLI

Razón por la cual procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 107

La sentencia Apelada debe REVOCARSE, son razones:

Considerar la Corporación, al contrario de la instancia, que la protección jurídica anhelada tiene recibo, en tanto el vínculo jurídico puesto en tensión, elección del régimen pensional regulado por la **ley 100 de 1993**, de modo claro anhela y desarrolla una elección libre y voluntaria, que además ha sido considerado como un derecho fundamental¹.

Considerado lo anterior, cabe señalar que toda elección voluntaria y libre, más en un acto negocial de trascendencia pensional, exige satisfacción del principio de la buena fe, de reconocida antonomasia, del que se desprende, como se afirma, aún para los eventos de aseguramiento comercial o del derecho civil, la debida información y no solo eso, sino que opera la inversión de la carga de la prueba, dada la profesionalidad del agente de seguros, suceso también reconocido por la doctrina de la materia civil y la jurisprudencia social.²

Así pues, era menester que la entidad aseguradora demostrara en el debate procesal cumplir con su obligación respecto de la debida información a la jora del acto negocial pensional, pero como ello no ocurrió, no resulta de apoyo la tesis legal- literal de la elección voluntaria y libre, esgrimida por la

2

¹ **T 227 de 2010. Resuelve...CONCEDER** el amparo del derecho fundamental a la seguridad social respecto del derecho a la libre escogencia del régimen pensional de Nancy Marina González.

² Doctrina, **Acta No. 056, Rad. No. 31314 del 09 de septiembre de 2008**, *“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.*

SL413-2018 precisó el criterio jurisprudencial contenido en la providencia CSJ SL, 13 marzo. 2013, rad. 42787

Sentencia SL 2817/2019: En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo: Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador 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. Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. 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 desvirtuarse 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.

instancia, fundamentada en el hecho de ofrecérsele al trabajador la posibilidad de selección de régimen y de informarse, no, es estos actos de protección jurídica, como lo anota la doctrina y la jurisprudencia, impera la *ius fundamentalidad* y principalística decantada, lo que hace, ver la ausencia de un elemento connatural al acto, la debida información como acontecimiento configurador de la buena fe, teniendo ello la virtualidad de negarle los efectos jurídicos a ese acto, por ende, declara sin fictos jurídicos esa afiliación.

CASO CONCRETO

Lo que sí está probado en este proceso, es que la demandante estuvo en el régimen de prima autorizado por la **ley 100 de 1993 en su artículo 52³** cuando habilitó como pertenecientes al régimen de prima media los periodos de las cajas y fondos del sector público existentes con anterioridad al sistema de seguridad social integral, y no como lo consideró la instancia, de ser únicamente el fondo del ISS, el encargado de administrar el régimen de prima media; como en el caso de la demandante quien perteneció a este régimen estando vinculada en el sector público a través de su empleador *HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE* desde el **08 de agosto de 1988 al 29 de junio de 1992 y del 30 de junio de 1992 al 09 de diciembre de 1994** (fl. 94), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PROTECCIÓN** desde el **05 de junio de 1996** (fl. 93).

Por todo lo anterior, para la Corporación no hay duda de la existencia de vicios de nulidad en el traslado realizado a la actora al régimen de Ahorro individual, por lo que debe revocarse la providencia de instancia, declarando la nulidad del traslado y la consecuencial remisión de bonos pensionales, aportes, rendimientos y gastos de administración que hayan sido descontados a la demandante.

Por lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, administrando justicia por autoridad de la ley y en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

1. **REVOCAR** la Sentencia apelada y en consecuencia se declaran no probadas las excepciones propuestas, por lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.
2. **DECLARAR** la nulidad de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual de la señora **HILDA MARINA DEL SOCORRO MAYA RESTREPO** y en consecuencia se ordena a COLPENSIONES recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
3. **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones **PROTECCIÓN S.A.** a devolver al RPM todos y cada uno de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas o cotizaciones, con todos sus frutos, rendimientos, e

³ **ARTÍCULO 52. ENTIDADES ADMINISTRADORAS.** <Ver Notas del Editor> El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

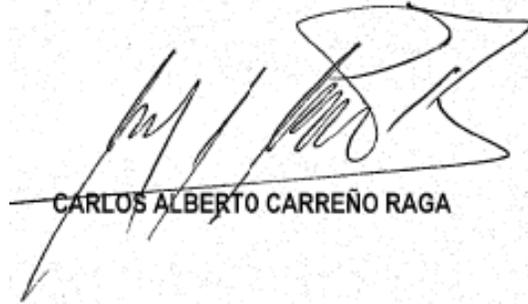
Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria.

intereses como los dispone el **artículo 1746 del C.C.**, así como todos los gastos de administración descontados a la actora.

- 4. COSTAS** en ambas instancias a cargo del demandado a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijarán en el momento procesal oportuno.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

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



GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO