



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

Hoy 08 DE SEPTIEMBRE DEL 2021, siendo las 02:00Pm, 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. 215**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA* en compañía de sus demás integrantes: *Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA* y el *Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **NANCY NAVARRETE LOZANO** en contra de **PROTECCIÓN S.A. , OLD MUTUAL, PORVENIR y COLPENSIONES**, bajo radicación **001-2018-0174-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por la parte demandante en contra de la *sentencia No. 016 del 28 de Enero de 2019 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.

Motivos absolución: i) La dte inicialmente se traslado al RAIS –PORVENIR- y firmo formulario, hay copia de diferentes traslados en el RAIS a PROTECCION año 2005, OLD MUTUAL, distintas vinculaciones de las que infiere el despacho que se hicieron guiadas por los asesores de las administradoras de pensiones, los que faltaron a su deber de informar a la actora, pues quedó demostrado que quienes la asesoraron inicialmente no le dieron los pormenores de los dos regímenes, pero al último fondo que se afilió y que está actualmente se ve que se le dio re asesoría pensional, indicándole cual sería su pensión en el ISS sin RT y cual en el RAIS, documentos firmados por la demandante, sin que esté desconocida su firma, ii) en interrogatorio la dte acepta que recibió la información de los datos de sus pensiones y que ante los rumores de que el ISS iba a quebrar decidió quedarse en Protección, iii) por todo, si bien inicialmente no se recibió información, la AFP actual si le brindó la asesoría necesaria para estar en el RAIS en el año 2011, momento que pudo trasladarse de fondo pero tomó la decisión quedarse en el RAIS.

Motivos apelación dte: a) si bien a la dte se le brindó asesoría una en el año 2011 y otra en el año 2017 no se tuvo en cuenta que las cifras brindadas no fueron ciertas a su monto de pensión, siendo las diferencias en sumas de mesadas entre las informaciones del año 2011 y 2017 muy superiores al 50%, b) no fue transparente la asesoría por cuanto en el año 2011 se le dijo que la diferencia de las mesadas iría bajando pero para el año 2017 esa diferencia era del 50%, ya estando a cuatro años de pensionarse.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, razón por la cual procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No. 196

La sentencia APELADA debe **REVOCARSE**, son razones:

En primer lugar, debe señalarse que el hecho de ser un afiliado cuyo fondo pensional actual, y con muchos años posteriores a la afiliación al RAIS proporcione información a la actora, a la hora de invocar la nulidad del traslado de régimen pensional, sí concurren los casos señalados por la jurisprudencia para declarar esa nulidad, dicha información tardía no válida o mejor, no enerva tales acontecimientos, como es la gravedad del acto nulitivo *inicial* que le dio una mal entrada al régimen de ahorro individual, es que no podría haber validación a esos actos contrarios a la ley por el mero acto final de darse una tardía información que debió realizarse en el momento de la escogencia del régimen pensional y no para determinar su permanencia en él; por el contrario, ese actuar delata el destino de la variación ilícita de sus condiciones para pensionarse, que es lo que no se patrocina, y al contrario

si vela, el principio mínimo fundamental de la garantía de la seguridad social en pensiones, pues ahí es donde se materializa el postulado de la eficacia del régimen pensional colombiano.

Es que el aseguramiento pensional, como todo acto negocial dentro del mundo jurídico, está irradiado por el principio de la buena fe (**Art.83**), con el que de vieja data en los campos del derecho civil y comercial se reclama, la exigencia de brindar en cada caso y de forma suficiente la debida información¹, puntos únicos y necesarios para estructurar y lograr un conocimiento informado o ilustrado con el que se pueda ser capaz de generar una libre y voluntaria selección, aspecto de total recibo en el campo pensional a la hora de la escogencia o permanencia en un determinado régimen pensional².

De tal mandato no es ajena la legislación pensional, el artículo 13.2 de la ley 100 de 1993 da cuenta de la libre escogencia al momento de precisar el régimen, lo que de igual forma ocurre en los eventos de traslado de régimen pensional, al punto de considerar su opacidad o ausencia de libre voluntad afectación a los derechos fundamentales de la seguridad social³.

La visión o consideración del derecho privado hace relación también con la figura de la inversión de la carga de la prueba, como dinámica heurística procesal, situación que tiene lugar en razón de la asimetría reinante en esas actuaciones, en donde brilla, por un lado, la parte débil, el tomador de seguro, y por el otro, la profesionalización de la entidad de seguros⁴, motivación por si sola suficiente para acogerla y darle desarrollo en el campo del aseguramiento pensional de la seguridad social, donde la partida también la juegan asimétricos, pero hay que decirlo, acuñan de modo perfecto el resultado, las pautas procesales de la negación indefinida, como también lo precisa la jurisprudencia especializada⁵.

¹ El principio de la buena fe como fundamento del deber de información del asegurador, consagrado en la Ley 1328/09, Tamayo Jaramillo (2011). Libro. Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del derecho: i) “Noción de buena fe: La buena fe se ha consagrado como principio fundamental de derecho. Como tal, se le ha entendido como de orden público, inmodificable y que no puede ser suprimido ni derogado por acuerdo entre las partes. La amplitud y preponderancia de este principio permiten que de él se deriven algunos deberes o reglas de conducta que deben ser observados por las partes contratantes durante el desarrollo de las distintas etapas, tal es el caso de la lealtad contractual. Ello indica que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí y que promueve el equilibrio de la relación jurídica contractual al presentarse los contratantes en su verdadera dimensión jurídica y operativa, que viene de ese principio de confianza que un contratante debe tener frente al otro y a las expectativas de dicho contrato y sus resultados”... ii) El legislador colombiano desde muy temprano fijó las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, mediante la Ley 153 de 1887; resaltamos los artículos 4 y 8. De allí se desprende que los principios de Derecho cumplen la función de llenar los vacíos de las leyes y de los contratos. Esa función integradora es cumplida también por el principio de la buena fe, el cual por su mismo carácter no requiere ser pactado para que sus efectos operen... iii) Como ya lo hemos mencionado entonces, las reglas surgidas a partir del principio de la buena fe permiten que aun sin expresa manifestación de las partes, como cláusula contractual por ejemplo, afloren conductas necesarias para el adecuado entendimiento entre ellas; como sería el caso del deber de información. Siendo así, no se requeriría llevar estas reglas a un texto legal, no obstante lo cual el legislador ha optado en ocasiones por dejar sentadas las mismas, bien por la importancia que les concede, bien por llevarlo mayor claridad a las partes de un contrato o para asociar una determinada sanción en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

² Rad. 31314 de 2008: “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. “Las administradoras de pensiones 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. “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

³ T-247

⁴ doctrina

⁵ 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

Tal encuentro de las sustantividades privadas y de la seguridad social permite entender el ejercicio de la jurisprudencia especializada para comprender no ser la mera firma del formulario de selección de uno u otro fondo del RAIS o de traslado de régimen pensional, hecho suficiente validador de una voluntad así expresada, de ahí que se imponga la materialidad respecto de la satisfacción de los postulados referenciados.

Por eso se llega incluso a manifestar como deber de la judicatura la necesidad de escrutarlos cabalmente⁶, siendo propio señalar que aún en acciones constitucionales ya se reconoce como suceso triunfador el presentarse desconocimiento del precedente judicial estructurado con esas premisas, y por ello el agente decisor da rienda suelta a considerandos absolutorios, sin haber decantación y superación de las motivaciones base del precedente⁷.

Decantado lo anterior, sigue anclar en la discusión el hecho de no entender la justicia constitucional de modo discrecional sino imperativo, dar cumplimiento por los agentes del sistema pensional a las obligaciones generadas con los traslados de régimen; el traslado y recibo del afiliado, junto o con todos los derechos pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, (**sentencia 177 de 1998**), suceso jurídico que aclara por sí solo la no ventura de las posiciones o tesis con las cuales se pretende angostar los derechos a que da lugar la ineficacia declarada, sin perder de vista las consecuencias que el derecho civil consagra para el actuar ilícito del condenado, circunstancias permisivas entonces para perfilar: **i)** que la jurisprudencia especializada desde el **año 2008**, anota la obligación de las administradoras de pensiones privadas trasladar al régimen de prima media los gastos de administración⁸ **ii)** no proceder la prescripción como modo extintivo de obligaciones en caso de afiliación al sistema ni cuando se busca la nulidad del traslado, pues esas acciones son declarativas mas no constitutivas de derechos, que si son los que podrían prescribir.

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.

⁶ Sentencia Rad. 31314 de 2008

⁷ **ST 1391/2020**

⁸ **C-177 de 1998:** Para que la disposición impugnada no imponga una restricción manifiestamente gravosa al trabajador para acceder a su pensión, debe entenderse que el traslado de las sumas actualizadas por la anterior empresa o caja privada, según el caso, y su recepción por la EAP, no es discrecional sino que constituye una obligación para las dos entidades. Esto significa que una vez que un trabajador se afilia a la nueva EAP, entonces es deber de la anterior caja o empresa remitir inmediatamente los dineros, y es igualmente obligación de la EAP a la cual se afilió el empleado recibirlos, salvo que exista justa causa comprobada para negarse. Ahora bien, para que esa regla sea operativa y proteja verdaderamente los derechos de los trabajadores, no sólo deben ser sancionadas las omisiones de las entidades en este punto sino que, además, los asalariados deben contar con una acción judicial expedita para que se realice la transferencia.

Para el caso vale anotar, la no proscripción de la nulidad del traslado de régimen pensional por el mero hecho de no solicitarse dicha ineficacia *antes del término de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión o de jubilación o por peticionarse tiempo después de darse el traslado motivo de la nulidad*, lo razona ser lo examinado las condiciones jurídicas del traslado nocivo, el que ocurrió mucho tiempo antes de ese periodo. También cabe señalar la no convalidación de ese vicio con razón u ocasión del silencio o inacción del retracto, todo en razón a lo esencial que es en toda la fenomenología pensional la presencia de la buena fe, echada de menos en ese traslado⁹.

De ahí que, cuando se pregona lo contrario, no darse la debida información, por aquello de la asimetría vista y la presencia de una negación indefinida¹⁰ se hace menester para la entidad aseguradora, acreditar en juicio la presencia de ese elemento esencial, el que, se repite, no se deduce en todo evento con la simple firma del formulario¹¹.

CASO CONCRETO

En caso bajo estudio, lo que sí está probado e incluso determinado por la instancia, es que la demandante estuvo en el régimen de prima media al que perteneció desde el **04 de julio de 1985 hasta el 30 de junio de 1997** (fl. 58), para luego cambiarse al RAIS en la **A.F.P. PORVENIR** desde el **03 de julio de 1997** (fl. 36), teniendo en cuenta que también se realizó movilidad entre fondos del RAIS a la **AFP OLD MUTUAL** el **01 de junio del 2000** y a la **AFP PROTECCIÓN** el **20 de mayo del 2008** (fl. 187).

Sin que en ese primer y único traslado al RAIS dado en el año de 1997, se acredite por parte de PORVENIR, la debida información para el correcto traslado, luego no puede hablarse de un correcto actuar de la administradora, menos de una posterior convalidación a ese hecho ya viciado de nulidad¹², tal y como se dijo en los considerandos de esta providencia. Por lo que para la Sala no hay duda de la nulidad de ese traslado de régimen pensional.

De otro lado, resulta necesario indicar que con la operatividad del traslado pensional se le impone a las administradoras involucradas en el hecho, no de manera discrecional sino obligatoria, el traslado y recibo de todos los dineros pertenecientes al afiliado y no a la aseguradora, tal y como se explicó en líneas anteriores. Conclusiones que superan los puntos de apelación presentados por la parte actora.

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

⁹ Sentencia de 1944:

¹⁰ **Sentencia SL 2817 de 2019**

¹¹ **Sentencia Rad. 31314 de 2008**

¹² **Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019:** Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

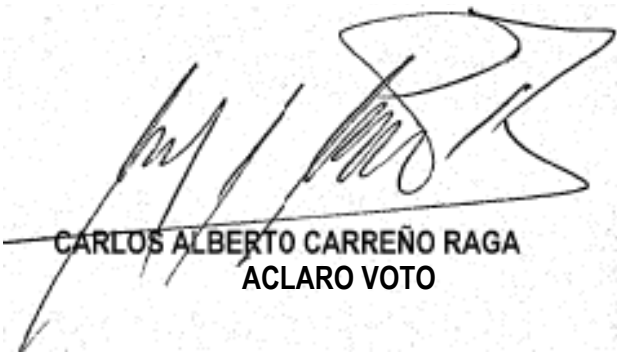
En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

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 **NANCY NAVARRETE LOZANO** realizado en el fondo de pensiones **PORVENIR S.A.** y consecuencialmente las afiliaciones que en el régimen RAIS se hiciera en los fondos **OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A.** 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 intereses como los dispone el **artículo 1746 del C.C.**, así como todos los gastos de administración descontados a la actora, devolución de gastos de administración que igualmente deben ser realizados por la **A.F.P. PORVENIR** y la **AFP OLD MUTUAL**.
4. **COSTAS** en ambas instancias a cargo de los demandados **PROTECCIÓN, PORVENIR** y **OLD MUTUAL** en partes iguales, a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijarán en el momento procesal oportuno.

Los Magistrados,

5



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
ACLARO VOTO



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



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA



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

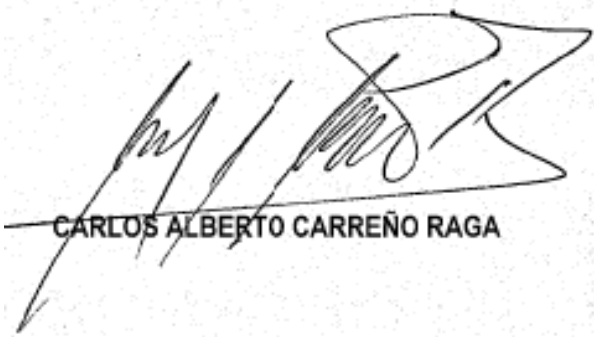
ORDINARIO APELACIÓN SENTENCIA
NANCY NAVARRETE LOZANO
En contra de **PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL, PORVENIR y COLPENSIONES**
Radicación **001-2018-0174-01**

ACLARACION DE VOTO

Respecto a los gastos de administración, a mi juicio, su devolución es consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado, siendo de suyo obligación de la administradora del RAIS al momento de devolver los aportes, asumir éste rubro e igualmente devolverlo al régimen de prima media con prestación definida.

6

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA