



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 35

Audiencia Pública número 283

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 327 del 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por CARLOS LOZANO contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

AUTO N. 509

Reconózcasele personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.144.041.976 de Cali, para actuar como apoderada de COLPENSIONES.



Igualmente, se acepta la sustitución del poder que se hace a la abogada LINA MARIA COLLAZOS COLLAZOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.144.142.143 de Cali, abogada titulada y en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional 253.855 del Consejo Superior de la Judicatura; para que actúe como apoderada de COLPENSIONES de conformidad con el memorial poder enviado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión quedará notificada junto con la sentencia que a continuación se emitirá.

ALEGATOS

Las partes dentro de la oportunidad legal formularon alegatos de conclusión, bajo los siguientes argumentos:

COLPENSIONES. Manifiesta que la ley faculta a los afiliados de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse, por tanto, al mediar formulario de afiliación al RAIS y la suscripción de éste es prueba de la voluntad del afiliado al momento de efectuar su traslado. Que, de alegarse vicios de consentimiento, recae sobre el promotor del proceso la carga probatoria, y dentro del plenario no logró acreditarse de manera fehaciente que, el demandante haya sido engañado o inducido a tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por 20 años sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración de sus aportes.

El apoderado de PROTECCION S.A., formula sus alegatos en cuanto la condena impuesta por gastos de administración, indicando que las comisiones de administración las cobran las administradoras de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, que de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el



demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el Régimen de Ahorro Individual como para el Régimen de Prima Media. Y que esa entidad ha realizado una gestión con diligencia y cuidado, la que se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual del demandante. Por lo tanto, considera que no es procedente que se ordene la devolución de lo que descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Y que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración.

La apoderada del actor solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia.

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

SENTENCIA No. 280

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado que hizo el actor del régimen de prima media con prestación definida, administrado



Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad que se encuentra administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y en consecuencia, sea admitido en el régimen de prima media con prestación definida que administra actualmente COLPENSIONES, para que sean girados todos los valores de la cuenta individual de ahorro pensional con sus rendimientos, intereses e indexación, sin que haya lugar a descuento por administración.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 15 de agosto de 1960, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales antes del 01 de abril de 1994, cotizando ante esa entidad 1054.57 semanas. Que el 01 de septiembre de 2004 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., sin que hubiese recibido la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión por vejez, por cuanto no se le proyectó el valor de la pensión, no se le informó sobre la posibilidad de retractarse, considerando que fue inducido en error.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de mandataria judicial da respuesta a la acción, aceptando el hecho que hace referencia al traslado de régimen pensional que hizo el demandante en septiembre de 2004. Oponiéndose a las pretensiones porque no es la entidad competente para declarar la nulidad de la afiliación y del traslado de los aportes en pensión, porque se trata de un acto o contrato en el cual esa entidad no participó, además, no se ha declarado judicialmente la existencia de un vicio del consentimiento del demandante en el momento que decidió cambiar de régimen pensional. Igualmente, afirma oponerse al retorno del actor a esa entidad al considerarlo que resulta improcedente de conformidad con el numeral E del



artículo 2 de la Ley 797 de 2003, porque ha presentado la petición fuera del término legal.

En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

PROTECCION S.A. a dar respuesta a la acción a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, porque no existió omisión por parte de esa entidad al momento de entregarle al actor toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera informada, toda vez, que esa administradora actuó de manera profesional, transparente y prudente, donde el demandante no puede pretender que después de 14 años de su traslado de régimen pensional, endilgarle responsabilidad a la demandada, de una decisión que fue propia y autónoma del actor.

Formula las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación a PROTECCION S.A., 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, no conveniencia de traslado del actor del RAIS al RPM por desmejora de condiciones, compensación y la innominada o genérica..

el acto de la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y la selección de régimen fue libre, espontánea y son presiones, máxime que en las oportunidades legales no manifestó el deseo de retractarse y el actor no



cumple con el requisito del traslado de régimen porque no tiene 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, ya que sólo presenta 290 semanas cotizadas a esa calenda. Propone las excepciones de fondo que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, compensación, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual el operador judicial, declara la nulidad de afiliación del demandante al fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. y en consecuencia se genera el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condena a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado del actor, entre ellas, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados y gastos de administración. Ordena a COLPENSIONES que reciba esas sumas provenientes de PROTECCION S.A. para financiar la prestación económica que como administradora del régimen de prima media debe asumir en favor del demandante.

Para arribar a esa conclusión el 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 al 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 apoderada de PROTECCION S.A. formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, argumenta que el juzgado en la parte motiva de la sentencia ha sostenido que la actuación del fondo de pensiones demandado ha sido falaz, conforme a esa situación y teniendo en cuenta ello, solo procedería la devolución del capital y los rendimientos, pero no es procedente la entrega de lo que la demandada descontó por concepto de gastos de administración, ni mucho menos en los gastos en que ha incurrido por sumas adicionales, como frutos, porque esos descuentos son ordenados por la ley y generados por la buena administración que ha realizado la demandada, considerando que se debe dar aplicación a los efectos de la declaratoria de nulidad de conformidad con el artículo 1746 del C.C.; dado que la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca se debió administrar los recursos del demandante y los rendimientos no se generaron, no se debió cobrar los gastos de administración. Debiéndose atender una restitución mutua; porque de ordenarse se causa un enriquecimiento sin causa. Por ello solicita la revocatoria de las providencias y se absuelva de las costas.

COLPENSIONES, a través de su apoderada censura la condena en costas impuestas, porque esa entidad no tuvo nada que ver con el proceso de traslado de régimen pensional que hizo el actor.

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 el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y de acuerdo con la respuesta al anterior interrogante, se determinará si es viable ordenar a la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso que transfiera además del capital, los rendimientos, los gastos de administración, sumas adicionales y frutos. Por último, si es procedente la condena en costas a la parte pasiva de la litis.

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 ISS desde el 03 de junio de 1981 31 de mayo de 2004, como se observa en la historia laboral que lleva Colpensiones, arrimada al proceso a folios 37 a 39. Que 07 de julio de 2004, se afilió a la Administradora del Fondo de Pensiones PROTECCION S.A, de conformidad con la copia del formulario de vinculación del actor a la administradora llamada al proceso (fl. 104)

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 los fondos privados llamados al proceso expusieron que a vinculación del actor fue dada de manera libre y voluntaria.

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.



Sobre la temática que nos ocupa, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sentencia SL 1452, radicado 68852 del 03 de abril de 2019, precisando:

“En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Igualmente, nuestro órgano de cierre, en sentencia radicado 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.

Advirtiendo la Sala que ese deber procesal fue omitido por la administradora del fondo de pensiones privado llamada al proceso y con ello, genera sanciones, como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1688 de 2019, esto es, que cuando hay una afiliación desinformada, conduce a la ineficacia o exclusión de todo efecto el traslado de régimen pensional. Exponiendo:

“Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Cuando el acto de afiliación es ineficaz, la consecuencia jurídica, es declarar que éste no ha existido, es decir, el estado de cosas se retrotraen al estado en que se hallaría, es decir, se debe entender que el actor regresa al régimen pensional de prima media con prestación definida y de ahí surge la obligación del fondo o fondos privados de pensiones de trasladar a la administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación



definida la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). Razón por la cual, los argumentos de la parte recurrente no son atendidos.

De otro lado, las partes han manifestado su inconformidad contra la sentencia de primera instancia, en relación a la condena en costas, la que se mantendrá, atendiendo 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 tanto la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad como la administradora del régimen de prima media, fueron vencidas en el proceso, razón por la cual se deben imponer costas de acuerdo con la norma antes citada. E igualmente, serán condenadas en esta instancia, porque los argumentos expuestos al formularse el recurso de alzada no resultaron atendibles, por consiguiente, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, deberá cancelar a favor del promotor de esta acción, las costas, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades que integran la parte pasiva de la litis.



Habiéndose atendido dentro del contexto de esta providencia los argumentos expuestos por las partes en los alegatos de conclusión formulados en esta instancia.

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 327 del 18 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción, por no haber salido avante los argumentos de las partes recurrentes. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (02) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que cancelará cada una de las entidades que integran la parte pasiva de la litis.

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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
CARLOS LOZANO
VS. COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
RAD. 76001-31-05-011-2018-00581-01.

DEMANDANTE: CARLOS LOZANO
APODERADA: NEREIDA OSPINA GONZALEZ
Nerosgo1@hotmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: MARIA CAMILA MARMOLEJO

secretariageneral@mejiasociadosabogados.com

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

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada
Rad. 011-2018-00581-01