



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 43

Audiencia número: 326

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 244 del 28 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por FERNANDO AUGUSTO SARMIENTO SANTANDER contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia de primera instancia porque el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre régimen pensionales que coexisten porque no es beneficiario del régimen de



transición y le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Además, no se demostró que el contrato de afiliación con las AFP que suscribió el actor careciera de legalidad y validez jurídica, por lo que no procede la nulidad reclamada.

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

SENTENCIA No.323

Pretende el demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y/ o traslado que hizo del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A., en consecuencia, se ordene el retorno al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin ningún tipo de restricciones. Además, se ordene a PROTECCION S.A. que, una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade los aportes efectuados por el actor, junto con los respectivos rendimientos y demás acreencias, a COLPENSIONES.

En sustento de esas pretensiones, anuncia el demandante que nació el 09 de enero de 1963, que empezó a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales el 01 de agosto de 1992 hasta el mes de noviembre de 1999, por cuanto se trasladó de régimen pensional, administrado por PROTECCION S.A. Que dentro del proceso de afiliación, fue abordado por un promotor de PROTECCION S.A. quien lo convenció de realizar el traslado, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el Instituto de Seguros Sociales, sin explicársele las condiciones del traslado, mucho



menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, incumpliendo con el deber legal de proporcionar información veraz y completa sobre las consecuencias negativas que tendría el cambio de régimen pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES, a través de apoderada judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, porque si bien, la pretensión no hace referencia a esa entidad, considerando que no es procedente, teniendo en cuenta que, con los documentos enviados, la parte activa no logra inferir error o vicio alguno del consentimiento, además que el traslado no se puede hacer en cualquier época como lo tiene previsto el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formula las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

PROTECCION S.A. porque la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección fue libre y espontánea, además, el actor no hizo uso del retracto. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación 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 no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el



actor con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. en el año de 1995, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. Condena a PROTECCION S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración. Dispone que COLPENSIONES reciba la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, con la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración. Exonera de costas a COLPENSIONES.

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 a la 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, los apoderados de las partes formularon el recurso de alzada, bajo los siguientes argumentos:

Parte actora: solicita se modifique el proveído de primera instancia y se condene en costas a COLPENSIONES, de conformidad al artículo 365 del Código General del Proceso.

PROTECCION S.A., solicita se revoque la sentencia emitida, porque al analizar el caso, el actor empezó cotizaciones en el 1994, luego se trasladó en el año 1995, que su representada no puede inferir cuáles fueron las



afirmaciones que en su momento le dio el asesor comercial de dicha entidad, porque las entidades se fusionaron hace como 15 o 20 años. Que en el caso que se confirme la decisión, no se ordene la devolución de comisiones, ya que se trata de comisiones ya causados durante la afiliación del afiliado, descuentos realizados conforme a la ley, como contraprestación a la buena gestión realizada por la entidad financiera. lo anterior de conformidad al artículo 1746 del Código Civil. Considera, que, si la consecuencia de la ineficacia es la nulidad de la afiliación y que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación, nunca existió y por ende nunca PROTECCION S.A. debió administrar los recursos de la cuenta individual del demandante, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración.

COLPENSIONES. Aduce que en el presente proceso no se demostró que al actor se le haya inducido a error y que se haya configurado un vicio de consentimiento al momento de suscribir afiliación con la administradora de fondo de pensiones COLMENA. Igualmente, para COLPENSIONES recibir al demandante, esto es, a puertas de adquirir pensión de vejez por cumplir con el requisito de la edad atenta con la sostenibilidad financiera, y se debe tener en cuenta que COLPENSIONES administra recursos públicos y que los mismos son limitados, que aceptar al demandante no solo perjudica a la entidad sino todos los aportes que realizan los colombianos para pensión.

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, de acuerdo con la respuesta a ese interrogante y de ser afirmativa ésta, se definirá si procede la orden de transferir al régimen de prima media con prestación definida lo correspondiente por gastos de administración y por último, si es procedente condenar en costas a COLPENSIONES.

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 Instituto de Seguros Sociales, desde el 23 de agosto de 1994 hasta el 31 de julio de 1995, como se lee en la historia laboral que lleva COLPENSIONES y que milita a folios 20. Igualmente, se encuentra acreditado el hecho de la vinculación del actor a COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS., a partir del 01 de septiembre de 1995 (fl. 108)

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 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 el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntario, por parte del actor 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 al demandante 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 del demandante a la administradora del régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES, por cuanto al declararse la ineficacia de la afiliación, conlleva 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.

Con respecto a la censura formulada por la parte pasiva, en cuanto la A quo ordena a las administradoras de pensiones demandadas a devolver



además, las sumas que corresponde 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, 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)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia



Ahora, con relación a la condena en costas, la Sala parte de 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 las administradoras de pensiones llamada al proceso fueron vencidas en el proceso, por lo que no resulta viable la exoneración que hizo el A quo en relación con COLPENSIONES, porque se ha opuesto a las pretensiones de la demanda y sus argumentos no fueron atendidos, lo que conllevará a modificar la providencia de primera instancia

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una de las entidades citadas.

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: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia número 244 del 28 de noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
FERNANDO AUGUSTO SARMIENTO SANTANDER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-017-2019-00510-01.

Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar
CONDENAR en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 244 del 28 de
noviembre de 2019, emitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito
de Cali, objeto de apelación y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo PROTECCION S.A. y
COLPENSIONES y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como
agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual
vigente, a cargo de cada una de las entidades citadas.

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](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: FERNANDO AUGUSTO SARMIENTO SANTANDER
APODERADO: JUAN CARLOS DE LOS RIOS BERMUDEZ
byasociados2015@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADA: MARIA ALEJANDRA MARTINEZ JARAMILLO
www.rstasociados.com.co



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
FERNANDO AUGUSTO SARMIENTO SANTANDER
VS. COLPENSIONES Y OTRA
RAD. 76001-31-05-017-2019-00510-01.

PROTECCION S.A.
APODERADA: MARIA ELIZABETH ZUÑIGA
mariaezu@gmail.com

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. 017-2019-00510-01