



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

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número 39

Audiencia número: 303

En Santiago de Cali, a los diecinueve (19) días del mes de noviembre 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 493 del 24 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por LUZ STELLA GONZALEZ RUIZ contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal, las partes formularon alegatos de conclusión, argumentando:

Apoderado de Colpensiones: Que la demandante cuenta con más de 47 años de edad, y la afiliación que ella al régimen de ahorro individual tiene plena validez y no procede la ineficacia o nulidad del traslado porque ella se



encuentra a menos de 10 años para adquirir la pensión, restricción que es de orden legal.

Protección S.A.: afirma que se ratifica en los argumentos de apelación en relación con los gastos de administración, los que están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y que están establecidos para los dos regímenes pensionales.

El demandante, a través de su apoderado afirma que desde la creación de las administradoras de fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, han tenido el deber de brindar información a los afiliados y usuarios del sistema pensional para que adopten las decisión de más consientes, así se encuentra previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993 y otras disposiciones.

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

SENTENCIA No. 300

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la afiliación de la actora a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y/ o la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Declarar que la actora tiene derecho a estar válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida actualmente administrado por COLPENSIONES. Condenar a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, todos los dineros que se aportaron en su nombre en el régimen de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, así como también el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantías de Pensión Mínima del RAIS en los



términos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, y por último, se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de los aportes que se realizaron a nombre de la demandante en el RAIS con sus respectivos rendimientos, para que sean incluidos en su historia laboral y se tengan en cuenta para el cálculo de la mesada pensional.

En sustento de esas pretensiones manifiesta que la actora nació el 07 de octubre de 1967, que inicialmente estuvo afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales, hoy administrado por COLPENSIONES.

Que en el mes de mayo de 2002 la demandante suscribió formulario de vinculación con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. que implicó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cual se debió a una insuficiente y mala asesoría por parte del promotor de ventas o asesor comercial de dicho fondo de pensiones, dado que no le explicó de manera clara y detallada los pro y contra o las ventajas o desventajas del traslado de régimen pensional.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

COLPENSIONES da respuesta a la demanda, a través de apoderado judicial, manifestando que se opone a las pretensiones porque no hace referencia a esa entidad, además que de los documentos aportados no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento que medio. Que tampoco es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo porque se debe atender el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica.



PROTECCION S.A. a través de apoderado judicial da respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones, por cuanto no existió omisión por parte de esa entidad, porque a la demandante se le entregó toda la información para que tomara una decisión referente al traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera informada. Que, sumado a ello, no puede pretender la actora que luego de 17 años del traslado de régimen pensional, endilgarle responsabilidad a la entidad demandada de una responsabilidad por una decisión propia y autónoma de la demandante. Además, la actora no hizo uso de la facultad de retractarse de afiliación que le hubiera permitido regresar al régimen de prima media.

Plantea las excepciones de mérito que denominó: Validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFPS realizado por la demandante, 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, ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. Declara la ineficacia del traslado que la demandante LUZ STELLA GONZALEZ RUIZ hizo del ISS hoy COLPENSIONES a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y en consecuencia esta entidad deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración



debidamente indexados y rendimientos. Además, que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

Para arribar a esa conclusión la 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 mandatarios judiciales de la parte pasiva formularon el recurso de apelación, persiguiendo la revocatoria de la misma, argumentando:

PROTECCION S.A.- Que no es procedente ordenar la devolución de lo que descontó Protección como la comisión de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta individual de la actora, descuentos realizados conforme a la ley, y como contraprestación a la buena gestión realizada por la administradora de fondo de pensiones, que está legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

COLPENSIONES. Señala que la demandante no cumple con los requisitos de la normatividad como lo es el traslado de régimen, toda vez que está a diez años como expectativa para adquirir su derecho pensional. Que el recurso se presenta también frente la obligación de recibir ya que se atenta contra el estado de sostenibilidad financiera de Colpensiones, asumiendo pagos de prestaciones pensionales, intereses moratorios y demás, todo esto sin haber recibido los aportes de la demandante durante toda su vida laboral.



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 la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de acuerdo a la respuesta, se determina si procede la orden de transferir las comisiones de administración.

En el presente asunto no es materia de debate probatorio que la promotora de esta acción estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en el entonces por el Instituto de Seguros Sociales con quien cotizó 72 semanas, en el período comprendido entre el 05 de agosto de 1986 al 31 de agosto de 1993, como se observa en la historia laboral que lleva esa entidad (fl. 27). Además, se acreditó con la documental aportada a folios 137 la vinculación de la promotora de esta acción a PROTECCION S.A. FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS el 9 de mayo de 2002 (fl. 137),

Entra la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo la actora 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 la actora, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte de la 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, omitió el deber proceso de acreditar que a la actora 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 de la 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 la administradora de pensiones demandada a devolver además, las sumas que corresponde a gastos o comisiones 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

Igualmente, se censura la sentencia con fundamentos que no son atendibles, porque si bien el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 dispone como se anunció en esta providencia, que no se puede hacer traslado entre regímenes pensionales cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir los requisitos para la pensión, en este caso, la acción incoada no era el traslado en sí, porque la acción que no ocupa es la de nulidad o ineficacia de ese acto de traslado y al declararse así, conlleva a que el estado de cosas retorne al estado en que se encontraban antes de que se produjera el vicio que generó la invalidez declarada y, en tales asuntos, como recae sobre el traslado, al afectado con la nulidad se le restablece la situación jurídica que tenía al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual. Como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL 16190, radicación 48124 del 27 de septiembre de 2017.

Bajo las anteriores consideraciones se mantendrá la decisión de primera instancia, habiéndose atendido los argumentos expuestos por las partes al formular los alegatos de conclusión.

COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes que cancelara a la actora cada una de las entidades antes citadas.

DECISIÓN



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUZ STELLA GONZALEZ RUIZ
VS. COLPENSIONES y PROTECCION S.A
RAD. 76001-31-05-008-2019-00456-01.

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 493 del 24 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes que cancelara a la actora cada una de las entidades antes 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>) y a los correos de las partes.

DEMANDANTE:LUZ STELLA GONZALEZ RUIZ
APODERADO:JULIAN ANDRES GOMEZ PINO
consultorespensiones@gmail.com

DEMANDADOS
COLPENSIONES
APODERADO: JONNATHAN GONZALEZ CRUZ
www.rstasociados.com.co

PROTECCION S.A.
APODERADO. MARIA CAMILA SILVA SERNA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUZ STELLA GONZALEZ RUIZ
VS. COLPENSIONES y PROTECCION S.A
RAD. 76001-31-05-008-2019-00456-01.

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

Con ausencia justificada

Rad. 008-2019-00456-01