



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

**Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ**

Acta número 37

Audiencia número 294

En Santiago de Cali, a los doce (12) días del mes de noviembre 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 338 del 08 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por JULIA EDITH MONTOYA PIEDRAHITA contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

AUTO N. 522

Reconózcasele personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, en calidad de representante legal suplente, de la firma MEJIA Y ASOCIADOS



ABOGADOS ESPECIALIZADOS SAS. Para que actúe como mandataria judicial de COLPENSIONES

Igualmente, se acepta la sustitución del poder que se hace a SANDRA MILENA LOPEZ RODRIGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 67.024.149, abogada en ejercicio con tarjeta profesional número 177.525 del CSJ para actuar a favor de los intereses de COLPENSIONES de conformidad con el memorial poder allegado de manera virtual.

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

#### ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal la apoderada de la demandante formuló alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la providencia de primera instancia, dado que está fundamentado en la omisión del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, que como expertos en el tema, debieron informar a la actora las características de cada régimen y las variables que se deben considerar para efectuar el cálculo de la mesada pensional en el régimen que administran. Omisión que conlleva a la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual.

Igualmente, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, argumentado que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual el 01 de junio de 1999 y que para poder obtener el reingreso al régimen de prima media, debe atenderse el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es decir, estar a más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, para lograr nuevamente el traslado, pero al haber nacido la actora el 15 de febrero de 1965, tiene 54 años de edad, por lo tanto, está a menos de 10 años para adquirir la pensión, razón por la cual no es procedente el traslado de régimen pensional.



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

### **SENTENCIA No. 290**

Pretende la demandante que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 01 de junio de 1999 que hizo a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. Que, como consecuencia de la nulidad de la afiliación, se entienda sin solución de continuidad su afiliación a COLPENSIONES, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por todo el tiempo de su permanencia en éste. Que se condene a PROTECCION S.A. al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados en su favor, durante todo el tiempo que ha estado cotizando a PROTECCION S.A. Igualmente, solicita que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al régimen de prima media sin solución de continuidad y que reciba los aportes que deberá trasladarle PROTECCION S.A.

En sustento de esas pretensiones, aduce la demandante que nació el 15 de febrero de 1965. Que se afilió al ISS para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 30 de abril de 1985 y el 01 de junio de 1999 se afilió al Fondo de Pensiones PROTECCION S.A., donde la información que recibió sólo estaba enfocada a resaltar las ventajas del régimen privado, que firmó el formulario de vinculación, con la firma convicción que accedería al derecho pensional en los términos ofrecidos, porque además le afirmaron que el ISS tenía problemas financieros y que la pensión se vería comprometida. Que con el ánimo de pensionarse solicitó a una firma especializada en cálculo actuarial, a fin de saber el monto de la mesada pensional, donde se le indicó que, de haber continuado en COLPENSIONES, ésta sería de \$4.819.291, mientras la que le otorgaría



PROTECCION era de \$1.153.138. Razón por la cual, solicitó el traslado a COLPENSIONES, el que fue negado, considerando que se le han vulnerado derechos fundamentales como el de una vida digna, una pensión justa y al mínimo vital.

### **TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, puesto que la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes, esto es el RAIS o el RPM, es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, razón por la cual, COLPENSIONES no está obligada a realizar el traslado solicitado por la actora. Además, la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, por lo que la entidad del RAIS en la cual se encuentra afiliada, debe mantener dichos aportes hasta que el mismo cause el derecho a la pensión.

Formula en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PROTECCION S.A. igualmente, atendiendo el llamado al proceso, a través de apoderado judicial manifiesta oponerse al petitum demandatorio, porque el 20 de abril de 1999 cuando la actora hizo el traslado de régimen pensional, esa entidad le brindó toda la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera informada. Considerando que esa entidad actuó de manera profesional, transparente y prudente, donde la demandante decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado hacer el traslado de régimen pensional.



Plantea las excepciones de fondo que denominó: validez de la afiliación a PROTECCION S.A, buena fe. Inexistencia de vicios 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, compensación 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 ineficacia del traslado que efectuara la demandante del régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A. que data del 01 de junio de 1999. Ordena a COLPENSIONES a vincular válidamente al régimen de prima media a la demandante. Ordena a PROTECCION a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que haya en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales si los hubiere.

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, la apoderada de COLPENSIONES formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria



de la providencia impugnada y para lograr tal cometido, afirma que la demandante se trasladó libre y voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A. por cuanto del material probatorio se evidencia que la actora conocía las consecuencias de la permanencia en dicho régimen, tuvo además, la oportunidad legal que no quiso aprovechar de retornar al régimen anterior. Solicita de manera subsidiaria, en caso de no ser revocada la decisión, que la providencia sea modificada, con el fin de que a COLPENSIONES se le transfiera los gastos de administración debidamente indexados, así como el capital del fondo de garantía de la pensión mínima, ello en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo que constituiría un enriquecimiento sin causa por parte del fondo de pensiones y un detrimento patrimonial para COLPENSIONES en el momento en que tenga que reconocer alguna prestación económica.

### **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 definirá si es procedente ordenar la devolución de todo el capital que posee la actora en la cuenta de ahorro individual, incluido entre otros, los gastos 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 ISS desde el 30 de abril de 1985 al 30 de abril de 1999 como se observa en la historia laboral que lleva COLPENSIONES y que reposa a folios 20. Y que diligenció el formulario de vinculación con PROTECCION S.A el 23 de abril de 1999, incorporado éste a folios 19.

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 COLPENSIONES, en cuanto el A quo no ordenó a la Administradora de Pensiones PROTECCION S.A. 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)*

Al declararse la nulidad o ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, deja sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, reiterándose que corresponde a la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, razón por la cual se accede a la solicitud presentada por la parte recurrente, en el sentido de ordenarse a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los dineros, frutos, gastos de administración de conformidad con el artículo 1746 del CC.

Bajo las anteriores consideraciones, se da respuesta a los alegatos de conclusión presentados por las partes.



COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### 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.- MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia número 330 del 08 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, el cual quedará así:

*ORDENAR a PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que tenga la señora JULIA EDITH MONTOYA PIEDRAHITA en la cuenta de ahorro individual, incluido rendimientos, bonos pensionales si los hubiere recibido, gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta providencia.*

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en lo restante la sentencia número 330 del 08 de octubre de 2019, emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la promotora de esta acción. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes

### NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA  
JULIA EDITH MONTOYA PIEDRAHITA  
VS. COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.  
RAD. 76001-31-05-015-2018-00748-01.

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: JULIA EDITH MONTOYA PIEDRAHITA  
APODERADA: ANA MARIA SANABRIA OSORIO  
ana.sanabria@comomepensiono.com

DEMANDADOS  
COLPENSIONES  
APODERADA: LINA MARIA ALVAREZ SIERRA  
[secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com](mailto:secretariageneral@mejiayasociadosabogados.com)

PROTECCION S.A.  
APODERADA: JULIANA CASTRILLON BERMUDEZ  
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 Ponente**

  
**JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA**  
**Magistrado**

**PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA**  
**Magistrada**  
Con ausencia justificada  
**Rad. 015-2018-00748-01**