



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**  
**SALA LABORAL**  
**Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ**

Acta número: 38

Audiencia número: 432

En Santiago de Cali, a los veintiún (21) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ 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 36 del 18 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por BARON CRISTOBAL MAJTHENYI RANGEL contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A.

**ALEGATOS DE CONCLUSION**

El mandatario judicial del actor, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita la confirmación del proveído de impugnado, citando como fundamento precedentes de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la carga de la prueba en los asuntos donde la pretensión es la nulidad del traslado, correspondiéndole ésta a los fondos de pensiones privados, porque están con mejor posición para probar los hechos por los cuales pretende validar la correcta ejecución del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Deber procesal que omitió la



convocada al proceso, porque al actor no se le brindó una asesoría integral para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional.

A continuación, se emite la siguiente sentencia

### **SENTENCIA No. 357**

Pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A., por no haber sido informado de manera veraz y completa sobre las reales circunstancias y desventajas de su cambio de régimen pensional. En consecuencia, se ordene su regreso al régimen de prima media y se disponga trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, sin descontar los gastos de administración y la comisión del seguro previsional.

En sustento de esas pretensiones, aduce el demandante que nació el 26 de agosto de 1960, que inició su vida laboral el 13 de julio de 1985, afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, donde se mantuvo hasta el 11 de junio de 1997, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A., sin que se le hubiese brindado por parte de esa entidad la información veraz y completa sobre las reales circunstancias de su futuro pensional y que el 11 de diciembre de 2019, solicitó su traslado a COLPENSIONES, obteniendo respuesta negativa.

### **TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

COLPENSIONES, al dar respuesta a la acción, a través de mandatario judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que con los documentos aportado no se logra si quiera inferir la nulidad de la filiación del demandante al régimen de ahorro individual, menos el error o vicio del consentimiento y que no es procedente un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003.



En su defensa formula las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos e innominada o genérica.

PROTECCION S.A., al dar respuesta a la acción, a través de mandataria judicial, se opone a las pretensiones, aduciendo que la vinculación del demandante con su representada fue producto de su decisión libre, voluntaria y sin presiones, habiendo recibido la debida asesoría, conforme la normatividad vigente, con total profesionalismo y ética. En su defensa propuso 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 del traslado, compensación, pago, buena fe e innominada o genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El proceso se dirime con sentencia mediante la cual la operadora judicial, declara la ineficacia del traslado que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A. Ordenando a esta entidad a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del demandante, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y ordena a la administradora del régimen de prima media a aceptar el traslado del demandante junto con los rubros indicados.

Para arribar a las anteriores conclusiones la operadora judicial se apoyó en precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, definiendo que la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, no desplegó la información clara, precisa y suficiente al actor sobre el traslado de régimen pensional, lo que conlleva a atender la petición de la nulidad de la afiliación.



## RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el mandatario judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación buscando la revocatoria de la decisión, argumentando para tal efecto que su representada no tuvo injerencia alguna en la decisión libre y voluntaria del demandante de trasladarse de régimen pensional; que no se cumple con los requisitos legales para acceder al traslado pretendido por cuanto a la fecha se encuentra a menos de diez años para arribar a su edad pensional y que de aceptar el traslado se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de PROTECCION S.A., formuló el recurso de alzada, persiguiendo su revocatoria, argumentando que el demandante al tomar su libre decisión de traslado de régimen pensional recibió la información necesaria conforme la normatividad vigente, censura también la condena por devolución de gastos de administración argumentando que son rubros de orden legal, son los ingresos con que cuentan las administradoras de fondos de pensiones para su funcionamiento y con su diligente manejo se generan beneficios para los afiliados, haciendo rentar su patrimonio además que ya cumplieron su fin específico de cubrir los riesgos asegurables del demandante, y que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas retornen a su estado original no hay lugar a rendimientos.

## GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión de primera instancia es adversa a COLPENSIONES, al contener obligaciones de hacer, se concede la 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



El problema jurídico que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer: si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, junto con la devolución de los rendimientos y gastos de administración.

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 ISS, desde junio de 1985 y permaneció así hasta julio de 1997, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A., así lo deja ver la historia laboral allegada a folios 47 a 61.

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 sí le brindó asesoría al momento del traslado de régimen pensional.

Es de recordar que nuestro 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). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar 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 3° 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.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2018, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).*

La Sala comparte la conclusión expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesta en la sentencia SL. 3349 del 2021, Magistrado Ponente: Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, que ha precisado:

*Existe ineficacia de la afiliación cuando: i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado que impida su*



*acceso a la prestación, ii) La simple suscripción del formulario no es suficiente, sino el cotejo con la información dada, la cual debe corresponder a la realidad, iii) En los términos del artículo 1604 del CC corresponde a las administradoras de fondos de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993”*

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la parte recurrente que, con el diligenciamiento del formulario, es prueba de existir un consentimiento sin vicios por parte del 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, se omitió el deber de acreditar que al actor se le brindó una información suficiente sobre los beneficios y bondades de cada régimen, a fin de que tomará la mejor decisión, en relación con su régimen pensional, lo que conlleva a atenderse las súplicas de la demanda, declarando la ineficacia del traslado, dado que sí existía disposiciones legales aún antes del año 1994, como lo era el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ( Decreto 663 de 1993) que impone a las entidades que pertenecen a ese sistema la obligación de dar información a los potenciales clientes: *“conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.



Con respecto a la censura formulada por PROTECCION S.A., en cuanto la A quo le ordenó devolver, además, las sumas que corresponden a rendimientos y 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 la 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 ahora acoge 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)*

Además, ha señalado la misma Corporación en sentencia SL 3349 de 2021:

*“La declaratoria de la ineficacia del traslado trae como efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales.”*

*“(..)*



*Al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, puede acudirse al artículo 1746 del CC, precepto relativo a las consecuencias de la nulidad que consagra las mismas consecuencias de aquella*

*(...) La declaratoria de la ineficacia del traslado pensional trae como efectos de acuerdo a los recursos en el involucrados lo siguiente: i) De acuerdo al literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando el traslado se produce del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y ii) De acuerdo al literal b) de la misma norma, cuando la migración se efectúa del régimen de ahorro individual al de prima media, comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.*

En atención a los precedentes jurisprudenciales que la Sala acoge, al declararse la ineficacia del traslado, conlleva el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado. 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. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar devolver además del saldo que tiene el demandante en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los gastos de administración.

La conclusión determinada deja sin sustento la censura de COLPENSIONES en cuanto considera que el regreso del demandante a esa entidad, vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, argumento errado, porque como quedó dicho, el regresa con los aportes que realizó al RAIS, como si no se hubiese cambiado de régimen pensional.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos presentados por el apoderado de la parte actora en los alegatos de conclusión.



Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A. a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo 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.- CONFIRMAR** la sentencia número 36 del 18 de febrero de 2021, emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A. y a favor del promotor de esta acción. Fíjese como agencias en derecho, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de las entidades citadas

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-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: BARON CRISTOBAL MAJTHENYI RANGEL  
APODERADO: MARTIN ARTURO GARCIA CAMACHO  
Correo electrónico: judicial@abogar.com.co

DEMANDADO. COLPENSIONES  
APODERADO: GILBERTO BUITRAGO CORTES  
Correo electrónico: gilbertoabg@hotmail.com

DEMANDADO. PROTECCION S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA  
BARON CRISTOBAL MAJTHENYI RANGEL  
VS. COLPENSIONES y PROTECCION S.A.  
RAD. 76001-31-05-003-2020-00107-01

APODERADA: CAROLINA PUERTA POLANCO

Correo electrónico:

CAROLINAPUERTA.ABOGADA@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

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ  
Magistrada

Rad. 003-2020-00107-01