

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-007-2017-00680-01
<b>DEMANDANTE:</b>	MARÍA ELENA TABARES MAYA
<b>DEMANDADO:</b>	COLFONDOS, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No.056 del 07 de marzo de 2018
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 35  
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 294**

Hoy, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de Juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, ordenado en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **MARIA ELENA TABARES MAYA** contra **PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES** radicado **76001-31-05-005-2017-00680-01**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

**S E N T E N C I A No. 290**

**1) ANTECEDENTES**

La señora **MARIA ELENA TABARES MAYA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, con el fin que: **1)** Se declare nulo el traslado efectuado al RAIS a través de Colfondos S.A., el día 01 de noviembre de 1996 y posteriormente a Protección en el año 2008. **2)** Se declare que para efectos pensionales la demandante continúa afiliada al RPM administrado por Colpensiones. **3)** Se ordene a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales con sus correspondientes rendimientos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el bono pensional, debidamente indexado. **4)** Se condene a Colpensiones a liquidar y pagar desde el 16 de enero de 2019 las mesadas y retroactivos que se

causen. **5)** Se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (fl.7).

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 3-7 demanda, 78-84 contestación de la demanda por parte de Colpensiones, 111-125 contestación de Protección S.A., y 135-182 contestación de Colfondos S.A. (arts. 279 y 280 CGP).

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: Declarar probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la pretensión tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, respecto de la nulidad de traslado reclamada. Declarar la nulidad del traslado del RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos y posteriormente Protección, realizado por la actora. En consecuencia la demandante deberá ser admitida nuevamente en el RPM administrado por Colpensiones, aclarando que la misma no es beneficiaria de régimen de transición. Ordenar a Protección S.A. que devuelva todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses conforme al art. 1746 CC, esto es con los rendimientos que se hubieren causado. Condenar a Colfondos S.A. en costas, se fija la suma de 1/2 SMLMV como agencias en derecho. Condenar a Protección S.A. en costas, se fija la suma de 1/2 SMLMV como agencias en derecho. Sin costas a cargo de Colpensiones. Consúltese con el superior la presente decisión.

Como fundamento de la decisión, el juez de primera instancia señaló que se encontró acreditado que la demandante nació el 16 de enero de 1962, que se afilió al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el año 1978 la cual perduró hasta el año de 1996, cuando se trasladó Colfondos S.A. y posteriormente el 28 de febrero de 2008 a ING Pensiones y Cesantías - hoy Protección S.A. Consideró el Juez de instancia que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora solo contaba con 32 años de edad pero con más de 15 años cotizados, por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición, pero que perdió dicho beneficio por no acreditar los requisitos para acceder a la pensión antes del 31 de diciembre de 2014 al no haber cumplido con el requisito de los 55 años de edad. Frente al traslado sostuvo que si bien se encontró que la actora firmó el formulario de traslado de régimen pensional, no se observó que los asesores hayan cumplido informándole lo necesario a fin de tomar la decisión trascendental a su futuro sobre el derecho pensional, pues quedó demostrado que los asesores no le indicaron los pormenores de los dos regímenes que subsistían, considerando que el engaño no solo se produce en lo que se afirme sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa para la toma de la decisión que se persigue. En el caso concreto sostuvo que en el expediente no se probó que se haya proyectado para el traslado el monto de la pensión, la diferencia en el pago de aportes, las consecuencias en el monto de la pensión, el cual es aspecto fundamental para el caso de la actora, pues la cuantía se vería mermada al continuar en el RAIS, por lo que se concluye que el traslado no cumplió con el deber de información y transparencia; por lo anterior declaró la nulidad del traslado a Colfondos y posterior a ING Pensiones y Cesantías - hoy Protección S.A, por lo cual la actora conservará todos los beneficios del RPM salvo el de la transición, porque no cobija su

derecho pensional. Con base en lo anterior indicó que las consecuencias deben ser asumidas en primer lugar por Colfondos S.A. al no demostrar el deber de información que le asistía respecto a la demandante para realizar su traslado, y a ING Pensiones y Cesantías S.A. – hoy Protección S.A.- por haber recibido una afiliación que venía viciada de nulidad.

Respecto a la solicitud y pago del derecho pensional, argumentó que al no haber mantenido el régimen de transición, el mismo debe estudiarse bajo la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta que como el cumplimiento de los requisitos solo se da en el mes de enero de 2019, a la fecha de la sentencia no resulta exigible para el reconocimiento de su reclamación, por lo que negó la misma al existir petición de reconocimiento pensional antes de tiempo.

## **2) RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión, la apoderada de Protección S.A. interpuso el recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión, al precisar que era la parte actora quien debió demostrar que no se le dieron a conocer las consecuencias y hechos que podían incidir en su pensión, por lo que al dejar transcurrir más de 10 años del traslado, no es creíble que la actora con sus calidades académicas venga a señalar que se sintió engañada por parte de los promotores de las AFP, llevando al juzgado a incurrir en un error de hecho sin estarlo. Así entonces, sustenta la apoderada de la entidad demandada, que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el argumento señalado respecto al tiempo con el que contaba la actora para solicitar la nulidad del traslado, lo que denota que la demandante al mantener vigente su afiliación al RAIS no obedeció a una conducta caprichosa o arbitraria, sino a la falta de manifestación de voluntad de ella para regresar al ISS. Adicional a lo anterior, adujo que no era procedente ordenar a Protección S.A. trasladar el bono pensional a Colpensiones, en tanto que cuando se trata de un traslado del RAIS al RPM lo procedente es trasladar los aportes del pensionado con sus respectivos rendimientos, y no el bono pensional; y además frente a las sumas adicionales ordenadas, precisó improcedente el traslado, porque las sumas adicionales son reconocidas por las aseguradoras que expiden los seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, lo cual no surte efectos dentro del presente asunto.

## **3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 12 de noviembre del 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante expuso que el traslado del RPM al RAIS tiene vicios en el consentimiento, toda vez que por medio de engaños lograron el cambio de régimen pensional; por lo tanto, insistió en la nulidad de la afiliación. Agregó que cumplió los requisitos de edad y densidad de semanas para acceder a la pensión de vejez desde el año 2019.

La entidad demandada no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos.

La sentencia apelada y consultada debe **CONFIRMARSE** y **ADICIONARSE**, por las siguientes razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Se encuentra acreditado que la demandante nació el 16 de enero de 1962 (fl.22) **2)** Que se afilió régimen de prima media con prestación definida el 18 de octubre de 1978 (fl.49) **3)** Que se trasladó del ISS al RAIS en principio con Colfondos S.A. el 26 de octubre de 1996 (fl.51, 128 y 134), y con posterioridad con ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. el 28 de febrero de 2008 (fl.91 y 134).

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si fue acertada la decisión del *a-quo* al declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la condena impuesta a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., respecto de devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones junto con sus rendimientos y cotizaciones; y si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46292 del 3 de septiembre de 2014

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. no probaron. No puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Así mismo, se considera que a pesar de que la demandante firmó el formulario del traslado, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado; teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Frente a la excepción de prescripción, basta decir que por tratarse la afiliación o traslado de régimen un acto que consecuentemente afecta el derecho pensional del afiliado, directamente ligado con el derecho a la seguridad social – art. 48 de la Carta Política-, resulta imprescriptible.

Así resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos

Respecto a lo señalado en el recurso de PROTECCIÓN S.A., en cuanto a la improcedencia de la devolución de los gastos de administración ordenada por el *a quo*, concluye esta Sala que tampoco le asiste razón al apelante en este punto, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir que como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; este deber de devolución de los valores recibidos por la AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJSL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31989, en la que indicó:

*“La administradora tiene 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 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.*

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

En consecuencia la obligación del fondo de pensiones privados como consecuencia de la ineficacia del traslado es devolver a COLPENSIONES aparte de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos, los gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, en consecuencia habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en ese sentido por favorecerle el grado jurisdiccional de consulta a dicha entidad.

Por todo habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, y como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., se les impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia consultada en el sentido que PROTECCIÓN S.A. igualmente debe devolver a COLPENSIONES los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho fondo.

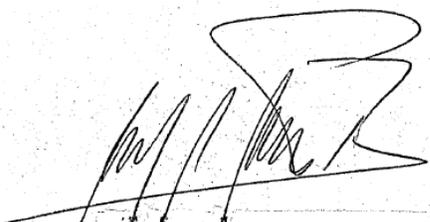
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia consultada.

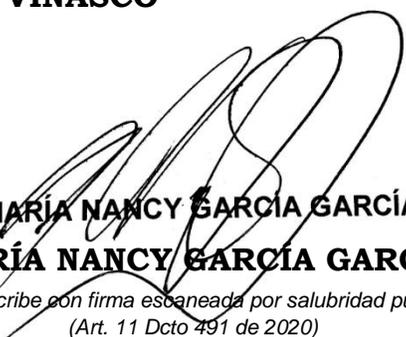
**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., fijese la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho.

Lo resuelto queda notificado a las partes en ESTRADOS.

**Los magistrados:**

  
**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)**

  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública*  
*(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*