



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-006-2019-00713-01
Juzgado de origen:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nancy Murillo Bohórquez
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	53

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia No. 60 emitida el 05 de abril de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad absoluta del traslado del RAIS administrado por Protección S.A. al RPM en Colpensiones. Como consecuencia, se

condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos financieros. Finalmente, requiere lo ultra y extra petita y las costas a cargo de las demandadas. (Pág. 02 a 06 – Archivo 01 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

La demandada Colpensiones, mediante escrito visible en las páginas 02 a 14 (Archivo 03 PDF) y Protección S.A., mediante anexo en las páginas 08 a 23 (Archivo 06 PDF), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 60 emitida el 05 de abril de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado por la demandante en Protección S.A. **Segundo**, imponer a Colpensiones la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la afiliada **Tercero**, ordenar a Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada. **Cuarto**, absolver a las demandas de las demás pretensiones de la demanda. **Quinto**, declarar no probadas las excepciones propuestas **Sexto**, sino fuere apelado este fallo remítase a consulta. **Séptimo**, costas a cargo de Protección.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de demostrar que se brindó una debida asesoría a la parte actora al momento de la afiliación y de manera posterior, frente a las características, ventajas y las consecuencias jurídicas que implicaba el traslado. Que tanto la suscripción del formulario de afiliación, como el hecho de que el mismo no haya sido tachado de falso, no son razones suficientes para entender configurado el deber de información, pues esto tan solo acredita el consentimiento más no que la afiliada haya sido debidamente

informada acerca de todos los elementos que envuelve aquel acto, todo riesgo, consecuencias y condiciones.

3.3. Frente a la excepción de prescripción, adujo que conforme a la jurisprudencia ésta es improcedente en los asuntos de nulidad de traslado, teniendo en cuenta que esta es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

4. La apelación.

Contra esa decisión las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.1. Manifiesta su disconformidad frente a la condena de devolver los bonos pensionales y los gastos de administración. Señaló que a la actora se le brindó toda la información, y se le enteró de las características y particularidades del RAIS para que pudiera escoger la mejor opción que se adaptara a sus intereses, por lo cual, no se presenta la casual de ineficacia y no existe vicio de consentimiento que genere nulidad. Dice también, que la información de documentar por escrito la asesoría nace de manera posterior con la jurisprudencia, pero para la época de afiliación, no se exigía lo anterior, pues ésta se hacía de manera verbal.

4.2. Aduce que, de confirmarse la decisión, sea revocada la condena por **bonos pensionales** pues cuando se trata de un traslado del RAIS al RPM, lo procedente es trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos. Expone que los fondos de pensiones no liquidan ni emiten dichos bonos, siendo la autoridad competente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; además no se ha transferido suma alguna por este concepto. Frente a los **gastos de administración**, argumenta que Protección S.A. actuó conforme a las normas vigentes, pues los descuentos por gastos de administración son autorizados por la ley, debido a la gestión efectuada por el fondo. Indicó que en estricto sentido debe entonces entenderse que la entidad nunca administró la cuenta individual y nunca se produjeron los rendimientos, por ende, si se mantiene la condena de retornar dichos rubros se estaría configurando un enriquecimiento sin causa en favor de la actora, en detrimento de la demandada.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Presenta su disconformidad frente al numeral 2 de la sentencia. Dice que conforme al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación de la parte actora fue libre y voluntaria. Que en cabeza de los afiliados se encuentra la potestad de elegir de régimen pensional al cual se desean a vincular. Que el formulario de afiliación constituye plena prueba de la voluntad. Dice que cuándo faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, no puede ordenarse el traslado, por ser una prohibición legal. Finalmente indica que la afiliación tiene plena validez.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Parte demandante y Colpensiones y Protección S.A.:

Colpensiones mediante escrito visible a folios 01 a 11 Archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal), presentó alegatos de conclusión. Las demás partes procesales guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

1.2 ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y los gastos de administración?

1.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *a quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Protección S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Protección social, 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”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones² y Protección S.A.³, el formulario de afiliación⁴, el reporte de estado de cuenta⁵, el certificado de bono pensional⁶ y el historial de vinculaciones de Asofondos⁷ que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 03 de mayo de 1983. Efectuó cotizaciones hasta el 31 de enero de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 12 de agosto de 1998, se trasladó a Colmena, con fecha de efectividad el 1º de octubre de 1998 a 31 de marzo de 2000. Luego, se efectuó una cesión por fusión entre ese fondo privado y la AFP ING Pensiones y Cesantías S.A., efectivo a partir del 1º de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012. Posteriormente, y en virtud de otra cesión la actora fue trasladada a Protección S.A., con fecha de efectividad del **31 de diciembre de 2012, administradora** en la que continúa cotizando.

² Pág. 21 a 24 – Archivo 01 - PDF

³ Pág. 25 a 35 – Archivo 06 - PDF

⁴ Pág. 10 – Archivo 01- PDF y 24 Archivo 06- PDF

⁵ Pág. 26 a a 63 – Archivo 06 - PDF

⁶ Pág. 64 a 68 – Archivo 06 - PDF

⁷ Pág. 69 a 70 – Archivo 06 - PDF

2.3.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no recibió un estudio pensional al momento del cambio de régimen como tampoco se le informó el valor que sería su pensión, ni la proyección de la misma, ni siquiera se mencionaron las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS o al RPM.

Por su parte, la AFP Protección S.A. señaló que se brindó a la accionante información suficiente para que tomara una decisión libre de toda coacción. Se indicó las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Que el traslado fue realizado por la demandante de forma libre y sin presiones. Que tiene asesores plenamente capacitados que brindan información objetiva, integral y completa (Fls. 08 a 23 Archivo 06 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

De igual forma, no se comparte el argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachara de manera desfavorable los argumentos de Protección S.A.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que a la demandante le

faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Protección S.A. suministró a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., debe trasladar los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, así como los gastos de administración.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Protección S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión del *A quo* de ordenar a los fondos privados demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a la misma, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “.../la *declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio***”

de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**". Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

3.2.3. Finalmente, frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que el demandante sea titular del tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia deberá confirmarse en este sentido

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y Protección S.A. y en favor de la actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

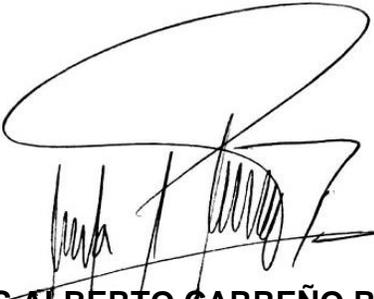
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Protección S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales

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