



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-011- 2019-00558-01
Juzgado de origen:	Once Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carlos Alberto Centeno Alarcón
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	066

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia No 120 emitida el 18 de agosto 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 el demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por Protección S.A. Como consecuencia, que se declare que se encuentra legal y válidamente afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones; igualmente, que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo de la

cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, así como el porcentaje destinado al fondo de pensión mínima y bonos pensionales. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Páginas 95 a 101 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

Las entidades demandadas, mediante escrito visible en las páginas 113 a 117 – Archivo 01 PDF, y páginas 138 a 150 – Archivo 01 PDF, respectivamente, contestaron 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. El *A quo* dictó sentencia No 120 emitida el 18 de agosto de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, desde el RPM al RAIS, y, en consecuencia, generar el regreso automático al RPM administrado por Colpensiones. **Segundo**, condenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante. **Tercero**, Condenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del demandante, por el tiempo que estuvo afiliado a esta entidad. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de Protección S.A., para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que como administradora del RPM debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella. **Quinto**, Condenó en costas como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV, a cargo de cada una de las demandadas a favor del demandante. **Sexto**, ordenar surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado. Que debe darse a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. Que con el solo formulario no se demuestra la diligencia y cuidado. Que, al no cumplir con el deber de información por

parte de la AFP, ello se interpreta como una inducción al error de los afiliados. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica que no es aplicable por cuanto sus efectos se tornan regresivos a los principios de irrenunciabilidad y progresividad, propios del sistema de pensiones.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Aduce que el formulario de afiliación constituye prueba plena de la voluntad del afiliado al momento de efectuar su traslado, acto que se reputa a todas luces, motivado por la voluntad de quienes lo hicieron, por tanto es válido y no estarían llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda. En cuanto a los vicios del consentimiento, que, a diferencia de lo planteado en la demanda, tales circunstancias no constituyen estos vicios debido a que en el momento de la afiliación era imposible predecir el IBL con el cual se iba a cotizar.

Por otro lado, manifiesta que no todos los afiliados se pueden considerar como incapaces de tomar una decisión acertada, en ese sentido la asesoría brindada por la AFP debió restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM. La permanencia del afiliado en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna presupone un afianzamiento de la voluntad de estar en ese régimen.

4.2. Apelación Protección S.A.

4.2.2. Solicita se revoque el numeral 3ro de la sentencia teniendo en cuenta que se realizaron los descuentos por gastos de administración de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en los casos que se condena a hacer devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de la AFP no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión ya que se tratan de comisiones ya causadas y estos descuentos se realizaron conforme a la ley y como contraprestación de una buena administración.

4.2.2., Indicó que la consecuencia de la ineficacia o nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido el contrato de afiliación nunca existió y por tal motivo, Protección S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, y los rendimientos que produjo, no se causaron; como tampoco se debió cobrar la ya mencionada comisión por administración. Que conforme al artículo 1746 del Código Civil, debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia y/o nulidad, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras que hicieron crecer el patrimonio del afiliado, de lo contrario, se configuraría un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa.

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, guardaron silencio en el término conferido para formular dichos alegatos de conclusión. Sin embargo, Colpensiones presentó escrito en tal sentido a folio 10 a 16 Archivo 06 (Cuaderno Tribunal).

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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos causados, traslade a Colpensiones los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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".

1.3. ¿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 del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Protección S.A., demostrar que la afiliación del demandante al RAIS no 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 desvirtuarlo 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 información suministrada por Colpensiones² y Protección S.A.³, de la certificación de Asofondos⁴ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁵; que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde 12 de noviembre de 1985 al 31 de diciembre de 1994.
- b. Según el historial de vinculaciones, el 18 de enero de 1995, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de febrero de 1995**, administradora en la que ha continuado cotizando.

Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, al 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se alegó como prueba el formulario de traslado suscrito por el actor, como prueba del cumplimiento del deber de información, dicho formulario que no se allegó en las contestaciones de las AFP, y aunque se hubiese aportador, no se logra con ello probar de la debida asesoría que debía suministrar la AFP al demandante. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la

² Flios 59 a 60 - Archivo 01 PDF y Flios 3 a 9 - Archivo 06 PDF

³ Fls. 154 a 188 - Archivo 01 PDF

⁴ FI 189 - Archivo 01 PDF

⁵ Flios 173 a 174 Archivo 01 PDF

ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Protección S.A. suministró al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., debe trasladar a Colpensiones los valores que percibió como producto de la afiliación del demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos causados, incluidos los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, tal como lo expuso el juez de primera instancia.

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 al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado 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.

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 numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, y a Protección S.A., en favor del actor.

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, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Protección S.A., y en favor del 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
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA



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