



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2020-00068-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Salomón Díaz Brant
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	67

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 la apoderada judicial de Protección S.A, contra la sentencia No 324 emitida el 06 de octubre 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-. En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual con su respectiva

rentabilidad. Finalmente, requiere lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho (Folios 68 a 82 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 02 a 12 – Archivo 05 PDF, 02 a 19 – Archivo 06 PDF, y 02 a 29– Archivo 07 PDF respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 324 emitida el 06 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por el señor Salomón Díaz Brant del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A. **Segundo**, condenar a la AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., traslade al RPM administrado por Colpensiones, los saldos obrantes de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos. De igual forma, deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración y prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. **Tercero**, condenar a Colpensiones que una vez las AFP cumplan con lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor del demandante y activar su afiliación al RPM sin solución de continuidad. **Cuarto**, condenar en costas a cargos de las AFP Colfondos S.A., Protección S.A., y Colpensiones y en favor del demandante. **Quinto**, en caso de no ser apelada la decisión, remítase a consulta

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información completa y comprensible a la asimetría que debe haber entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Expone que se debió dar a conocer las características propias de cada

régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. Que la falta de información conlleva a la decisión de declarar la ineficacia del traslado al RAIS. Frente a la carga de la prueba, es la AFP quien debe demostrar haber brindado asesoría necesaria a los usuarios, a efectos de comparar entre regímenes y elegir la opción que mejor les parezca.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Protección S.A. formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.1.1 Solicita se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Se fundamenta en que este concepto es autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003. Por lo tanto, son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora. Manifestó que en casos donde se declara la ineficacia o nulidad de la afiliación, lo procedente es la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos causados por una correcta gestión de la administración.

4.1.2. Dice que de conformidad con el artículo 1746 del C.C. los efectos de la declaratoria de nulidad, dan el derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaría, si no existiera el acto o contrato nulo. Dice que cada quien es responsable de las pérdidas de las especies o de su deterioro, de sus intereses y frutos, abonos de mejoras. Que la consecuencia de la ineficacia o nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior. 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. Por lo tanto, se está ante un enriquecimiento ilícito y cobro de lo no debido.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Mediante providencia, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹.

5.2. Colpensiones, Protección S.A., la parte demandante y Colfondos S.A.

Colpensiones a folios 01 a 05 Archivo 03-PDF y la parte demandante a folios 01 a 05 Archivo 04-PDF (cuaderno del Tribunal), respectivamente, presentaron alegatos de conclusión. Protección S.A y Colfondos S.A 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?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene el traslado de los dineros en la cuenta individual del demandante, tales como cotizaciones y rendimientos; incluidos los gastos de administración; así como a Colfondos S.A. el traslado de gastos de administración por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

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

2. Respuestas al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento

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".

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, Protección S.A.³, Colfondos S.A.⁴, de la certificación de Asofondos⁵, de los formularios de traslado al RAIS⁶ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁷; 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, efectuando cotizaciones desde 05 de febrero de 1986 al 22 de septiembre de 1989.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 20 de diciembre de 1994, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva el 01 de enero de 1995 hasta el 31 de agosto de 2003. El 25 de julio de 2003, se trasladó a Protección S.A., con efectividad del **01 septiembre de 2003**, administradora en la que continúa cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el demandante le fue informado que estando en el RAIS se podía pensionar anticipadamente, y con mejores condiciones económicas. Que el ISS se acabaría, razón por la cual, perdería todas sus cotizaciones.

Por su parte, la AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. dieron respuesta al introductorio indicando que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Dice que fue ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación. Que no existía razón jurídica ni fáctica que le impidiera cambiar de régimen (folios 02 a 19 – Archivo 06 PDF, y 02 a 29– Archivo 07 PDF).

2.3.3 Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan 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

² Flios 194 a 201 Archivo 05 PDF

³ Flios 21 a 34 Archivo 06 PDF

⁴ Fls. 63 a 88 Archivo 10 PDF

⁵ Fls 41 a 42 Archivo 06 PDF

⁶ Fls 19 Archivo 06 PDF y 18 Archivo 07 PDF

⁷ Fls 35 a 40 y Archivo 06 PDF

generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó certificado de traslado de régimen pensional y los formularios de traslado de AFP en el RAIS suscritos por el demandante, en el que se hace constar que la escogencia de régimen fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. 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.

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 se suministró al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

No obstante, se adicionará al fallo de primera instancia que la ineficacia se hace extensiva a Protección S.A., pues aunque la juez de primer grado señaló en el acta de la audiencia de fecha 11 de noviembre de 2021 que se declaraba la ineficacia del traslado realizado por el señor Salomón Díaz Brant del RPM al RAIS a Protección S.A. y a Colfondos S.A., lo cierto es que al momento de proferir sentencia únicamente indicó a éste último fondo de pensiones y no a Protección S.A. (Mto 1:43:49 a 1:43:52 Archivo 13-PDF).

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los gastos de administración y prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. A Colfondos S.A. le corresponde trasladar estos conceptos por el período respectivo. Por ende, se confirmará el fallo de primer grado.

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 Colfondos S.A. y Protección S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión de la *A quo* de ordenar a los fondos privados 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: ".../a

*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.

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 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: ADICIONAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de que se declarará la ineficacia de la afiliación del señor Salomón Díaz Brant del RPM a Protección S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de 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
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Con ausencia justificada

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)