



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009-2021-00515-01
Juzgado de primera instancia:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luis Alberto Leiton Montilla
Demandados:	- Colfondos S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	111

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 Colpensiones, contra la sentencia No 419 emitida el 07 de diciembre 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, se ordene a Colfondos S.A. traslade a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y gastos de administración. Asimismo, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 PDF – Fls. 01 a 05).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Colfondos S.A.

Colfondos mediante escrito visible a folios 02 a 19– Archivo 12 PDF. Colpensiones a folios 02 a 20– Archivo 16 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 419 emitida el 07 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por la parte pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso del actor al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición, una vez Colfondos S.A., realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, así como la devolución de las sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, tales como, rendimientos financieros, intereses y los gastos de administración. **Cuarto**, ordenó a Colfondos S.A. que traslade a Colpensiones todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante con sus respectivos rendimientos financieros, y así mismo, realice la devolución de las sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos, tales como, rendimientos financieros, intereses y los gastos de administración. **Quinto**, ordenó a Colpensiones que cargue de la historia laboral de la parte actora, los aportes una vez le sean devueltos, al igual que los

anteriores conceptos. **Sexto**, condenó en costas a Colfondos S.A. y a favor del actor. **Séptimo**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló 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, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar.

De esta forma, concluyó que, debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1.1. Manifiesta que el actor tiene 56 años de edad, por lo que es candidato para obtener la pensión de vejez; aunado a ello, inicialmente se afilió al RPM, posteriormente a Colfondos S.A. De esta manera, aduce que la parte demandante se encuentra en una prohibición expresa conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que debe demostrar la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, pues no probó vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe. Dice, además, que era imposible predecir el IBC con el que cotizaría en los próximos años y calcular una mesada pensional, debido a que los ingresos económicos pueden variar.

4.1.2. Aduce que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS como lo corrobora con la suscripción en el formulario de afiliación por más de 12 años sin demostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones. De esta

manera, pide que se revoque el fallo de primer grado, pero en caso de que se confirme, solicita que se condene a Colfondos S.A. a trasladar no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual, sino todos los recursos con sus rendimientos que generó la afiliación al RAIS, como gastos de administración debidamente indexados, primas previsionales, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía mínima y se especifique la rentabilidad que generó los recursos, pues no es dable efectuar una condena en abstracto.

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 Colpensiones y Colfondos S.A.:

Colpensiones y la parte demandante mediante escritos obrantes a folios 01 a 03 Archivo 04-PDF y folios 01 a 03 Archivos 05 PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión. Colfondos S.A. guardó 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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones,

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".

además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Colfondos S.A., demostrar que la afiliación del 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 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 historia laboral de Colpensiones², Colfondos S.A.³, y del formulario de traslado al RAIS⁴; que la parte 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, del 03 de marzo de 1986 al 30 de septiembre de 2009.
- b. Según el formulario de vinculación el accionante se trasladó el día 03 de agosto de 2009 al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de octubre de 2009**, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

2.3.2 En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el

² Fls. 02 a 11 Archivo 15 PDF

³ Fls. 5 a 9 Archivo 03 PDF

⁴ Fls. 11 Archivo 02 PDF

actor suscribió contrato de traslado al RAIS, pues no le brindaron información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del cambio de régimen pensional.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la parte demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Flios 02 a 19– Archivo 12 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Colfondos 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 allegaron el formulario de traslado suscrito por la parte 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 debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a las que ha estado afiliado el accionante.

Dígase, además, que, dentro del interrogatorio de parte formulado al actor, éste señaló que se trasladó al RAIS, lo hizo por una mala asesoría, pues le informaron que el ISS se acabó y era mejor trasladarse al RAIS. Que pretende retornar al RPM pues se siente engañado por *la falta de asesoría*. Dice que no le han realizado proyecciones pensionales (Archivo 19 PDF Mto 20:36 a 24:53)

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que el demandante permaneció por más de 12 años en el RAIS y que le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden 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.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 Colfondos S.A. suministró a la parte actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, sumas de las aseguradoras y gastos de administración; sin embargo, se deberá reintegrar este último concepto, con las primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

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 otros.

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. 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 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”.

3.2.3. De igual forma, es procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021).

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Colfondos S.A., a retornar a Colpensiones los gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

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., no se impondrá condena en costas a Colpensiones debido a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto.

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 **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. que deberá reintegrar debidamente indexados y a costa de su propio patrimonio, los valores por primas, *gastos de administración* y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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)