



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009-2019-00704-01
Juzgado de origen:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carmen Elena Betancourt Bermúdez
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	149

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020 convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 171 emitida el 27 de julio de 2020. 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 del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a

Colpensiones los aportes efectuados en la cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Folios 02 a 14 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 70 a 77 (Archivo 01 PDF). Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó conforme a derecho, fue legal y no se incurrió en ninguna falta. Propuso las excepciones de fondo de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS*” y “*FALTA DE TÍTULO Y CAUSA*”.

2.2. Colfondos S.A.

A través de memorial visible a folio 113 (Archivo 01 PDF), se allanó a las pretensiones de la demanda.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 171 emitida el 27 de julio de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a admitir a la actora al RPM conservando todos los beneficios como si no se hubiese trasladado. **Cuarto**, ordenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación de la accionante, así como los bonos pensionales, con los respectivos rendimientos financieros. **Quinto**, ordenar a Colpensiones a cargar a la historia laboral de la actora los aportes trasladados por Colfondos S.A. **Sexto**, costas a cargo de Colpensiones. Se absuelve de costas a Colfondos S.A. **Séptimo**, se ordena la consulta.

Para adoptar tal determinación, la A quo adujo que conforme a la norma vigente se permite al afiliado trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial del Fondo; así las cosas, como la accionante se afilió por primera vez el 01 de marzo de 1998 al RPM administrado por el ISS, solo hasta el 01 de marzo de 2001 podría cambiar de régimen pensional y como en este caso se trasladó a Colfondos S.A. el 03 de marzo de 1998, la afiliación no podría considerarse válida.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Juez primigenia indicó que es viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que no se respetó la cláusula de permanencia que era de tres años. En consecuencia, se ordena el traslado de todos los aportes realizados con los respectivos rendimientos financieros.

4. Recurso de apelación

4.1. Colpensiones

Adujo que conforme a Ley 797 de 2003, se verifica que la actora se encuentra a 10 años o menos para cumplir la edad para la pensión de vejez, lo cual, impide el traslado que solicita, ya que se convierte en una desmejora para quienes si han cotizado en el sistema de manera permanente y continua. Agregó que Colpensiones no está obligado a recibir a la actora, ya que el traslado que se efectuó en su momento se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones, además el formulario de afiliación goza de plena validez, pues no se vislumbran vicios en el consentimiento que puedan acarrear nulidades; de acuerdo a lo anterior, no se puede acceder a la declaración de ineficacia del traslado.

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 2020, se pronunciaron, así:

5.1.1. Colpensiones

Rememoró las estipulaciones de la Ley 797 de 2003 y la Ley 100 de 1993, sobre la prohibición de traslado para aquellos afiliados que les falta diez años o menos para cumplir la edad de pensión y como fundamento mencionó entre otras, la sentencia C-1024 de 2004 y la C-789 de 2002 de la Corte Constitucional.

Explicó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto, es improcedente acceder a la pretensión de nulidad frente al traslado, debiendo la demandante permanecer en el RAIS que eligió de forma libre, espontánea y sin presiones.

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, teniendo en cuenta que la actora se trasladó de régimen antes de los tres años permitidos, según el literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar además de los aportes, también los gastos de administración, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje de garantía de pensión mínima y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante?

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 Colfondos S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS se efectuó antes de que transcurrieran los tres años indicados en la norma. Aunado a ello, el fondo privado faltó al deber de información, pues no demostró que fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Por todo, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

Una de las características del Sistema General de Pensiones, según el literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es que los afiliados pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran y sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificó tal disposición y aumentó el periodo que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco (5) años; además, agregó la prohibición de trasladarse cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión.

Ahora bien, 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. Para este caso, de la historia laboral de Colfondos S.A.¹, el formulario de traslado de régimen pensional² y la historia laboral de Colpensiones³, se desprende que, la accionante 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 23 de febrero de 1998 al 31 de marzo de 1998.

¹ Archivo 01 – PDF – Folios del 21 a 22 Vto.

² Archivo 01 – PDF – Folio 20.

³ Archivo 01 - PDF – Folios 78 a 81

- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 03 de septiembre del año 1998, la demandante se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A., última entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. De lo anterior, se evidencia que la demandante se afilió al RPM en febrero de 1998 y se trasladó al RAIS en septiembre del mismo año, por lo que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, la señora Carmen Elena Betancourt Bermúdez no podía trasladarse al RAIS como en efecto se hizo, como quiera que no habían transcurrido los tres años indicados en el precepto normativo vigente para la época del cambio de régimen, aspecto que por sí solo invalida la afiliación al RAIS.

2.3.3. Ahora bien, si bien es cierto en las consideraciones la juez de primera instancia no hizo mención a cerca de la falta del deber de información por parte del fondo privado, en la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS la demandante no recibió información adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, para que, con dicha ilustración, hubiere podido escoger el régimen que más la beneficiaría. Agregó que el asesor del fondo, informó que en el RAIS obtendría mayores resultados al momento de efectuar el cálculo de la liquidación.

2.3.4. Por su parte, la AFP Colfondos S.A. en su escrito se allana a las pretensiones de la demanda, reconociendo de esta manera las pretensiones formuladas por la actora.

2.3.5. Para la Sala, además de la indebida afiliación al RAIS, Colfondos S.A. no demostró que haya brindado, a la accionante 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 del mismo (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 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 demandante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de los 10 años para adquirir la edad de pensión, como lo expresa la apoderada de Colpensiones. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la promotora de la acción.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar ni pone en riesgo el derecho pensional de otros afiliados, 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 de la, al efectuarse el traslado previo al cumplimiento de los tres años de permanencia en el régimen inicial y por no haberse demostrado que se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar todos los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, no solo las cotizaciones y rendimientos como lo estipuló la juez primigenia, sino que además, debe retornar los gastos de administración, primas, bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión

Mínima, debidamente indexados, por lo tanto, deberá adicionarse 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 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., 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).

3.2.3. Frente a la devolución del bono pensional, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de 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).

3.2.4. De igual forma ocurre con el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, deben ser trasladados dichos recursos del RAIS al RPMPD e incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. (SLL2329-2021)

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. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos del apoderado judicial de Porvenir S.A. y 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 en favor de la parte actora.

IV. DECISIÓN

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A. a trasladar, además de las sumas ordenadas en primera instancia, los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a **Colpensiones**, 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 electrónica para el proceso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
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)