



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-008-2020-00187-01
Juzgado de primera instancia:	Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Arno Alvarado Pérez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	167

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 los apoderados judiciales de las demandadas, contra la sentencia No. 254 del 09 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali. 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 ineficacia 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 los aportes efectuados por el actor, juntos a los rendimientos y demás acreencias a las que hubiere lugar. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita, y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivos 05 y 08 del expediente digital) .

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, oponiendo a las pretensiones formuladas en su contra (Archivo 18). Argumentó que, de los documentos aportados al plenario, no se infiere la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento que medió el traslado. Propuso las excepciones de mérito de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Protección S.A.

Requirió se deniegue el *petitum* demandatorio (Archivo 22). Indicó que, no existió omisión por parte de la AFP al momento de entregar al accionante la información que requería para el traslado del RPM al RAIS de manera informada. Formuló como excepciones de fondo las de: “*VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DEL RPM AL RAIS*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN...*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL...*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otras.

2.3. Porvenir S.A.

Se opone a la prosperidad de la demanda (Archivo 25). Manifiesta que la afiliación realizada por el actor con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre e informada, siendo consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Propuso como excepciones de mérito, las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*” y la “*EXCEPCIÓN GENÉRICA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 254 del 09 de octubre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva; **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, a través de Colmena S.A., hoy Protección S.A. En consecuencia, dicha AFP deberá devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones íntegras que incluyen los gastos de administración debidamente indexados y rendimientos. Porvenir S.A. deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP. Finalmente, dispuso que el actor estaba válidamente afiliado a Colpensiones; **Tercero**, condenó en costas a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A., en favor del promotor de la acción.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras relacionar el marco normativo y jurisprudencial de la ineficacia de traslado de régimen pensional, adujo que la administradora del fondo pensional privado tenía la carga probatoria de acreditar que suministró al accionante la información completa y detallada de las consecuencias que implicaban tal decisión. No obstante, no se allegó los medios de convicción que acreditarán tal actuar. Agregó que, el posterior traslado entre administradoras pensionales en el RAIS no validaba dicha afiliación. Por tanto, se generó la ineficacia del traslado, respecto de la cual no aplicaba el fenómeno prescriptivo.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Manifestó que en el fallo de primer grado se impone el traslado de los gastos de administración indexados por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a dicha AFP. No obstante, si en virtud de la ineficacia todo se retrotrae al momento antes del traslado al RAIS, se debe entrar a realizar la compensación que haya tenido el actor en relación a sus rendimientos versus los gastos de administración. Ello, por cuanto fue un beneficio que tuvo al estar afiliado a ese fondo privado. Los gastos de administración, que corresponden al 3% del IBC, son rubros que igual se hubieran causado en el RPM. Tampoco hacen parte para alguna prestación económica de la pensión de vejez. Finalmente, reitera que se debe dar aplicación a la prescripción frente a dicho concepto.

4.2. Apelación Protección S.A.

Requirió revocar parcialmente el fallo de primer grado, frente a la codena de devolver lo descontado por gastos de administración. Ello, por cuanto dicha comisión es cobrada por las AFP's para administrar los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de sus afiliados. Dicho porcentaje está autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a ese fondo pensional se administró los dineros depositados, gestión realizada con diligencia y cuidado. De esta manera, no es procedente la devolución por tal concepto. Por último, debe tenerse en cuenta el artículo 1746 del C.C., referente a restituciones mutuas.

4.3. Apelación Colpensiones.

Arguye que el demandante cuenta a la fecha con más 52 años de edad y, para la época del traslado, estaba en pleno derecho de hacer esa afiliación. Lo anterior, refleja un procedimiento acorde a la ley por parte de esa administradora del RPM. Así las cosas, el traslado efectuado goza de plena validez, por tanto, la ineficacia del traslado no procede. El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prevé que los afiliados pueden escoger el régimen pensional que prefieran. En caso de haberse opuesto la entidad, habría incurrido en una transgresión a la posibilidad de elegir libremente el régimen pensional. Además, a este último le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima pensional. En suma, solicitó revocar el fallo de primer grado.

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. Porvenir S.A.:

Indicó que el demandante no acreditó vicios en el consentimiento al momento de efectuar el cambio de régimen pensional, que su afiliación al RAIS se realizó de forma libre y voluntaria, pues se le brindó la asesoría completa y suficiente sobre las ventajas

y desventajas del traslado, para tomar una decisión debidamente informada. Agregó que de declararse la ineficacia no es procedente condenar al fondo a la devolución de los gastos de administración, ya que la norma señala que sólo se deben retornar el saldo de la cuenta y los rendimientos. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

5.1.2. **Protección S.A.**

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración, advirtió que los mismos fueron descuentos autorizados por la norma vigente y que no es posible su devolución, toda vez que dichas sumas se extinguieron cumpliendo su finalidad. Por ende, solicitó a la Sala se absuelva de las condenas impuestas en primera instancia.

Las demás partes dentro del proceso, no presentaron alegatos de conclusión.

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. y Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos, traslade a Colpensiones 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 planteado.

2.1 La respuesta al primer interrogante será **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado 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. Por su parte, el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995, reguló la entrada en vigencia del S.G.P. de los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital. En su artículo 4°, prevé que ésta implica la aceptación de las condiciones propias de éste y, por ello, debe proceder de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. 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 y el Decreto 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.

3. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Protección S.A.² y Porvenir S.A.³, los formularios de traslados de régimen pensional⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

3.1 En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 02 de mayo de 1980 al 30 de junio de 1995 (Fl. 1 – Archivo 20).

3.2 Según los formularios de vinculación o traslado a folios 77 (Archivo 22), 53 – Archivo 25 y el Historial de Vinculaciones (Fl. 49 – Archivo 22), el 23 de junio de 1995 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de julio de 1995. Luego, se suscitó un traslado automático con la AFP Porvenir S.A. con fecha de efectividad del 1° de junio de 1999. Finalmente, operó el traslado a la AFP Protección S.A., efectiva a partir del 1° de febrero de 2002.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción, no recibió explicación alguna de las condiciones de traslado, ni mucho menos una proyección pensional para identificar las ventajas o desventajas. También incumplieron su deber legal de proporcionar información verás y completa de las consecuencias negativas que tendría el traslado de régimen.

Por su parte, Protección S.A., recalcó que no existió omisión por parte de la AFP al momento de entregar al accionante la información que requería para el traslado del RPM al RAIS de manera informada. A su turno, Porvenir S.A., manifestó que la afiliación realizada por el actor fue producto de una decisión libre e informada, siendo consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado (Contestaciones – Archivos 22 y 25).

Para la Sala, no se evidencia que se hubiere brindado al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 77 – Archivo 22),

¹ Fls. 1 a 3 – Archivo 20 – PDF.

² Fls. 2 a 22 – Archivo 4 – PDF y folios 51 a 70 – Archivo 22.

³ Fls. 65 a 68 – Archivo 25 – PDF.

⁴ Fl. 77 – Archivo 22 (Colmena) y Fl. 53 – Archivo 25 (Porvenir S.A.)

⁵ Fl. 49 – Archivo 22 – PDF.

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. Del interrogatorio de parte absuelto por el promotor de la acción tampoco se entrevén manifestaciones que permitan establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado (Archivo 41 – Audiencia - minuto: 09:20 a 12:50).

En consecuencia, al no acreditarse la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión, 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), conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en el recurso de apelación. Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación del accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Finalmente, 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 la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. 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.

4. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos, debe trasladar a Colpensiones, entre otros, los gastos de administración, porcentaje de garantía de la pensión mínima y demás sumas adicionales que formen parte de la cuenta de la parte actora. A Porvenir S.A. le corresponde efectuar el traslado de los gastos de administración por el período en el que estuvo afiliado a esa AFP.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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 Porvenir S.A. y 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).

En este punto, aclara la Sala que, la decisión de la *A quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a las mismas, 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”.

5. Respuesta al cuarto 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, comprende también el traslado de los gastos de administración y demás conceptos objeto de devolución al RPM. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

6. 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 cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., en favor del actor.

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 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, Protección S.A. y Porvenir S.A., y en favor del demandante. Las

agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, para cada una, por lo antes expuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



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)