



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-001-2020-00276-01
Demandante:	Misael Alberto Botero Uribe
Demandado:	- Colpensiones - Protección S.A.
Juzgado:	Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Adiciona y Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	179

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 partes, contra la sentencia No. 285 del 11 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero 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.

Pretende el demandante se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, debido a la falta de cumplimiento de los requisitos legales y la ausencia de consentimiento informado.

En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados; así mismo, los gastos de administración debidamente indexados. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita, y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 6 a 23).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 2 a 13 (Archivo 10 PDF), se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. En la contestación indicó que no le constan los supuestos alegados en el libelo demandatorio, y que el demandante debía probar eficazmente vicios en el consentimiento o causal de nulidad. Propuso la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN”* y la *“INNOMINADA”*.

2.2. Protección S.A.

La Administradora demandada, mediante escrito visible a folios 5 a 40 (Archivo 13 PDF), se opuso a las pretensiones incoadas por la parte actora y argumentó que la afiliación al RAIS se efectuó con el lleno de los requisitos legales; por ende, el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin pensiones. Formuló como excepciones de fondo las de *“PRESCRIPCIÓN”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN DE LA PARTE ACTORA AL RAIS”*, *“COMPENSACIÓN”*, *“BUENA FE”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Por medio de la Sentencia No. 285 del 11 de diciembre de 2020, el *a quo* decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las

demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por Protección S.A., realizado por el señor Misael Alberto Botero Uribe. **Tercero**, ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses de que trata el artículo 1746 C.C., esto es, rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, ordenó devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. **Cuarto**, condenar a Colpensiones a admitir al demandante en el RPM, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales. **Quinto**, condenar a las demandadas en costas.

3.2. Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que dentro del proceso no se demostró que Protección S.A. cumplió con su deber de información, brindado al demandante, al momento del traslado de régimen, una asesoría completa y veraz de las consecuencias que su traslado traería, detallando, entre otras cosas, la distribución de los aportes, gastos de administración, riesgos derivados de las inversiones de la AFP y la proyección de una mesada pensional, datos con los cuales hubiere podido conocer todas las consecuencias de su decisión. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario.

4. La apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones, interpusieron recurso de apelación.

4.1 Apelación Colpensiones

4.1.1. El apoderado solicitó modificar el numeral tercero de la sentencia proferida, argumentando que los valores que Protección S.A. debe devolver a Colpensiones deben ser retornados de forma indexada, teniendo en cuenta la pérdida del valor de la moneda.

4.2. Apelación Protección S.A.

4.2.1. La apoderada de la entidad demandada, expresó que el demandante tenía a disposición los mecanismos de carácter legal para solicitar su devolución del RAIS

al RPM. Insistió en que al demandante se le suministró toda la información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado, a fin de que pudiera tomar una decisión adecuada a sus intereses. Argumentó que el actor no hizo uso del derecho al retracto que tuvo siempre a su disposición.

4.2.2. Por otra parte, adujo que, en caso de confirmarse la providencia apelada, el superior debe revocar la orden de devolver los bonos pensionales, pues dicho título valor no ha ingresado al patrimonio del fondo privado, aunado a ello, advirtió que Protección S.A. no es encargado de emitir, liquidar ni pagar dichos bonos, por lo tanto, resulta improcedente la condena al respecto. Del mismo modo, declaró que no es posible devolver las sumas adicionales, puesto que, son reconocidas por las aseguradoras únicamente cuando se cumplen ciertos requisitos y circunstancias; ni los gastos de administración, toda vez que las actuaciones del fondo privado se ajustaron a las normas vigentes para el momento del cambio de régimen del actor.

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. Parte demandante

Indicó que Protección S.A. no cumplió con la obligación de información contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por ello, se debe declarar la ineficacia del acto de afiliación por no cumplir con las condiciones que la ley ha establecido.

5.1.2. Colpensiones

Señaló que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse al RPM, dado que a la fecha tiene 69 años de edad, es decir, que cuenta para la edad de pensión y conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, el afiliado no puede cambiarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

Agregó que el actor permaneció en el RAIS por 21 años sin presentar alguna inconformidad, lo que hace que la afiliación al fondo privado cuente con plena validez. Manifiesta que no se le puede imponer a Colpensiones la orden de recibir al accionante nuevamente, pues pone en riesgo la estabilidad financiera, mucho menos se debe condenar en costas a la Administradora.

5.1.3. Protección S.A.

La demandada no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento, ¿fue acertado ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos, incluidos los bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio?

1.3. ¿Resulta procedente ordenar la indexación de las sumas que debe devolver Protección S.A. a Colpensiones?

1.4. ¿La acción para declarar la ineficacia se encuentra prescrita?

2. Respuesta al primer problema jurídico

2.1. La respuesta al primer interrogante será positiva. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Protección 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. Como fundamento de la tesis mencionada, se tiene que, 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.

2.3. 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.

2.4. 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.

2.5. 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.

2.6. 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).

2.7. 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.

2.8. 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*”.

2.9. 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.

3. Caso en concreto.

3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Protección S.A.², el formulario de traslado de régimen pensional³ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁴, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

Trámite	AFP origen	AFP destino	Fecha del formulario	Folio
Traslado	ISS – hoy Colpensiones	Protección S.A.	01/09/1999	41, archivo 13, pdf

3.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS el demandante no recibió información suficiente, mínima y necesaria, que le permitiera tomar una decisión ajustada a sus intereses. Esas omisiones le indujeron a firmar el formulario de traslado. Ello, a pesar de que la AFP tenía el deber de suministrar información diligente, respecto de los pro y contra del traslado. (Archivo 01 PDF – Fls. 6 a 23)

3.3. Por su parte, la AFP Protección S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento. Que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado. (Archivo 13 PDF - Fls. 5 a 40)

3.4. Para la Sala, Protección S.A. no demostró que hubiese 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. 41 Archivo 13 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.

3.5. En consecuencia, la AFP Protección S.A. no logró probar la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión.

¹ Fls. 1 a 2, expediente administrativo, PDF.

² Fls. 42 a 46, archivo 13, expediente digital.

³ Fl. 41, archivo 13, expediente digital.

⁴ Fl. 47, archivo 13, expediente digital.

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). Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación del accionante se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Protección S.A.

3.6. En consecuencia, resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por el señor Misael Alberto Botero Uribe al RAIS, que se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 1999** (Fl. 47, archivo 13, ED); Por tanto, se confirmará el fallo de primer grado.

4. Respuesta al segundo problema jurídico.

4.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales, si los hubiere, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima. Por ende, se confirmará la sentencia en este sentido.

4.2. Lo anterior, teniendo en cuenta que, 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.

4.3. 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).

4.4. Finalmente, frente a los bonos pensionales y sumas adicionales, debe entenderse como aquellas sumas que hagan parte de la cuenta del afiliado, por lo que no se revocará en esta parte la decisión cuestionada.

En consecuencia, no resulta procedente la apelación frente a estos tópicos.

5. Respuesta al tercer problema jurídico.

5.1. La respuesta es parcialmente positiva. El fondo privado Protección S.A. debe devolver de forma indexada, pero únicamente lo recibido por gastos de administración, puesto que los recursos de la cuenta de ahorro individual generaron sus propios rendimientos, los cuales están incluidos en la devolución ordenada en primera instancia, por tanto, estos últimos no deben ser indexados.

5.2. Sobre este tópico, la CSJ en su jurisprudencia, ha expresado que la indexación sobre las obligaciones dinerarias, no se imponen como una sanción en contra del deudor, sino que se trata de una actualización de su valor, debido a la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. De manera que lo que se busca con la indexación es traer a valor presente los dineros *“la cantidad de signos monetarios colombianos de hoy, se satisfagan las necesidades del acreedor en los mismos términos que cuando debió pagársele la deuda.* Ello, tiene sustento en los principios de la Constitución Política de 1991. (SL1001/2018)

5.3. Así las cosas, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia apelada de primera instancia, en el sentido de ordenar la indexación de los gastos de

administración que Protección S.A. debe devolver a Colpensiones, con motivo de la afiliación del demandante.

6. 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.

7. 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 Protección S.A. y en favor del actor. Sin lugar a condenar en costas a Colpensiones dada la prosperidad parcial de su recurso.

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 **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de que la orden a **Protección S.A.** de trasladar los gastos de administración incluye su indexación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada y consultada No. 285 del 11 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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 HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
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)*