



**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:	76-001-31-05-015-2019-00532-01
Demandante:	Fernando Martínez Muñoz
Demandado:	- Colpensiones - Protección S.A.
Juzgado:	Juzgado Quince Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	183

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 el apoderado judicial de Protección S.A., contra la sentencia No. 174 del 02 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince 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 al incumplimiento al deber de información al no otorgar una asesoría veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y desventajas que implicaba el traslado del régimen, por parte de Protección S.A. En consecuencia, que se ordene

al fondo privado, a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, aportes voluntarios y gastos de administración debidamente indexados, en favor del actor. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 2 a 14).

2. Contestaciones de la demanda.

Colpensiones

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 41 a 49 (Archivo 01 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, que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS administrado por Protección S.A. Propuso la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN”* y la *“INNOMINADA”*.

Protección S.A.

La Administradora demandada, mediante escrito visible a folios 60 a 91 (Archivo 01 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, la de *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.”*, *“PRESCRIPCIÓN”*, *“BUENA FE”*, *“INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO”*, *“PRESCRIPCIÓN”*, *“INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA”*, *“NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“COMPENSACIÓN”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. Decisión de primera instancia

Por medio de la Sentencia No. 174 del 02 de julio de 2020, el a quo decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado que efectuara el demandante del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por Protección S.A., que data del 14 de febrero de 1995. **Tercero**, ordenar al fondo privado a devolver a Colpensiones, todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorros de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiere,

sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses en los términos del artículo 1746 del C.C.. **Cuarto**, condenar a Colpensiones a vincular válidamente en el Régimen de Prima Media al demandante. **Quinto**, condenar en costas a Protección S.A. y exoneró a Colpensiones del pago de las mismas.

Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que, conforme a la basta jurisprudencia de la CSJ y la Corte Constitucional, sobre el deber de información y las ineficacias del traslado, se ha establecido que es obligación del fondo demostrar que suministró la información necesaria y suficiente al afiliado, antes de trasladarse del RPM al RAIS. Con relación al formulario de afiliación, se determinó que no es suficiente para probar el cumplimiento del deber de información. En ese orden de ideas, concluyó que Protección S.A. no arrió pruebas para demostrar que asesoró al señor Fernando Martínez Muñoz, en los términos legales indicados; por ende, declaró la ineficacia del traslado con los resultados económicos que ello implica.

4. La apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de Protección S.A., interpuso recurso de apelación.

El apoderado señaló, en resumen, que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que se le brindó al demandante toda la información pertinente, indicándole todas las características de cada régimen pensional y previo al traslado del RPM al RAIS. Agregó que, solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014, resultó claro el deber legal de asesoría de manera escrita. Motivo por el cual, la afiliación del actor fue de manera libre, voluntaria y sin presiones. Adicionalmente, indicó que, el accionante tenía la facultad de retornar al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, sin embargo, no lo hizo.

Advirtió que no es procedente la condena a Protección S.A. de devolver los gastos de administración, puesto que dichos dineros, son objeto de cobro debidamente autorizados por la norma vigente. Por ende, solo es procedente la devolución de los aportes de la cuenta individual. Además, de confirmarse la decisión de primera instancia, debe entenderse que no se produjeron rendimientos, frutos, mejoras, ni gastos de administración; por lo que, ordenar su devolución, se configura un enriquecimiento sin causa en detrimento de la AFP.

Finalmente, advirtió que el Tribunal debe revisar la absolución de condena en costas a Colpensiones, teniendo en cuenta que se opuso a las pretensiones de la demanda y activó el aparato judicial.

5. Trámite de segunda instancia

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. Parte demandante

Indicó que el fondo privado no cumplió el deber de información que exige la norma, pues no brindó de forma suficiente, completa y adecuada, la asesoría al momento del traslado de régimen. Omitió dar a conocer las consecuencias y beneficios del cambio del RPM al RAIS, lo cual invalida el acto jurídico y el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A.

Señaló que conforme a la jurisprudencia de las Altas Cortes, no procede la prescripción que alega la demandada, lo anterior por tratarse de un derecho pensional imprescriptible. Agregó que, se debe tener en cuenta que en virtud de la carga dinámica de la prueba, el fondo privado tenía la carga legal de demostrar que cumplió con su obligación de brindar la información amplia y suficiente al accionante, lo cual no resultó demostrado en el proceso.

5.2. Protección S.A.

Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, toda vez que el fondo cumplió con el deber de informar en debida forma al demandante, al momento de la afiliación al RAIS. Sobre la comisión de administración, indicó que dicho descuento se efectuó conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que la administración de la cuenta se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, lo que se evidencia en los buenos rendimientos obtenidos, por tal razón, no hay lugar a ordenar su devolución. Del mismo modo, advierte que debe revocarse la condena al fondo de retornar los intereses, frutos y abono de mejoras.

Finalmente, agregó que de tratarse de una nulidad en estricto sentido, el demandante estaría obligado a devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración del afiliado.

5.3. Colpensiones

Manifestó que el demandante cuenta con 62 años de edad, por lo que se encuentra dentro de la prohibición contenida en la Ley 100 de 1993, que estipula que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez. Señaló que durante el proceso el actor no logró demostrar vicios en el consentimiento que permitan declarar la ineficacia del traslado, tampoco presentó inconformidades durante los años que estuvo afiliado al RAIS y solo en el año 2020 presentó solicitud de cambio de régimen. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas.

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. ¿Fue acertado ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, los bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración indexados?
- 1.3. ¿Las condenas impartidas en la sentencia de primera instancia, configuran un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones?
- 1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a Colpensiones?

2. Respuesta al primer problema jurídico

La respuesta al primer interrogante será positiva. Fue acertada la decisión del a quo de 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.

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.

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 de 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 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.

Para este caso, de la historia laboral de Protección S.A.¹, el formulario de traslado de régimen pensional² y del Historial de Vinculaciones de Asofondos³, 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	Folios
Traslado	ISS – hoy Colpensiones	Protección S.A.	14/02/1995	92, archivo 01, pdf

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. 92), 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.

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. 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 más de 20 años en el RAIS, como tampoco 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 son atribuibles a Protección S.A.

En consecuencia, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por el señor Fernando Martínez Muñoz al RAIS, que se hizo efectivo a partir del **01 de marzo de 1995** (Fl. 127, archivo 01, ED); Por

¹ Fls. 16 a 21, archivo 01, expediente digital.

² Fl. 92, archivo 01, expediente digital.

³ Fl. 127, archivo 01, expediente digital.

tanto, se confirmará el fallo de primer grado.

4. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es positiva. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros y bonos pensionales, si los hubiere. Así como el valor por gastos de administración, primas y porcentaje con destino al Fondo de garantía de pensión mínimo, indexados. Por ende, se confirmará la sentencia en este sentido.

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.

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).

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

5. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta es negativa. El enriquecimiento sin causa no se configura al momento de ordenar al fondo privado devolver todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y gastos de administración, lo anterior teniendo en cuenta que, debido al efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado, éstos resultan ser dineros que debieron ingresar al RPM, como si no se hubiese efectuado la afiliación al RAIS. Por el contrario, no retornar dichas sumas de dinero ocasionaría un enriquecimiento sin causa por parte de Protección S.A., puesto que, como se advirtió en apartes previos, el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio.

6. Respuesta al cuarto problema jurídico

La respuesta a este interrogante es negativa. Para la Sala, está en cabeza del demandante y no de la AFP la legitimación para solicitar la sanción del pago de costas a cargo de Colpensiones. Pues con ellas se retribuye los gastos que tuvo que solventar la parte vencedora en juicio en el desarrollo del trámite procesal. En consecuencia, habrá de confirmarse la exoneración de las costas a Colpensiones.

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., 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 sentencia apelada y consultada No. 174 del 02 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas.

SEGUNDO: 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, por lo antes expuesto.


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 esbozada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*