



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016-2019-00699-01
Juzgado de origen:	Juzgado dieciséis laboral del circuito de Cali
Demandante:	Martha Lucía Reina Gutiérrez
Demandados:	- Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	186

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 emitida el 11 de diciembre 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 o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a la sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual. Asimismo, pide el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 3 a 5).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 165 a 172 Archivo 01 PDF. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la demandante de forma libre y voluntaria se trasladó al RAIS. Que tenía el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente para su caso. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “LA INNOMINADA”, “BUENA FE”,* y la *“PRESCRIPCIÓN”*.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 1 a 18 Archivo 04 PDF, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que se brindó a la accionante información acorde con la normatividad legal. Aduce que se indicó los pro y contras de cada régimen. Formuló como excepciones de fondo las de: *“PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”, “VÁLIDEZ DE LA AFILIACIÓN DE LA PARTE ACTORA EN EL RAIS”, “BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.”* y la *“INNOMINADA O GENERICA”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia en audiencia del 11 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, a través del fondo Protección S.A. **Tercero**,

ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso de la señora Martha Lucía Reina Gutiérrez al régimen de prima media con prestación definida. **Cuarto**, ordenó a Protección S.A. realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones. **Quinto**, condenó en costas a la AFP Protección S.A. y en favor de la actora. **Sexto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 07 PDF – Fls. 1 a 2).

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no se demostró, por parte de la AFP, haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del traslado. Que se generó un engaño cuando fue orientada a trasladarse al fondo pensional sin conocerse las consecuencias que generaría dicho traslado. De esta manera, manifestó que se invierte la carga de la prueba y corresponde a Protección S.A. probar que actuó de manera diligente. En cuanto a la prescripción, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que a la actora no le asiste el derecho de trasladarse de régimen pensional, pues se causaría un traumatismo para el Estado, generándose una inestabilidad jurídica y financiera. Agregó que, dentro de los dineros que deben ser devueltos por la A.F.P., debe incluirse los gastos de administración, con los rendimientos producidos, todo tipo de comisiones, las primas seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima a cargo de su propio patrimonio.

5. Trámite de segunda instancia

5.1.1. Colpensiones:

Dentro del término legal, se ratificó en lo señalado en la contestación de la demanda como en lo indicado en la audiencia llevada a cabo en la primera instancia. Solicita se revoque la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Cali, pues de acuerdo con el literal “b” del artículo 13 la Ley 100 de 1993, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

5.1.2. **Parte demandante:**

En el término legal, solicita se confirme el fallo de primera instancia. Indica que la declaración de la nulidad y/o ineficacia es acertada, toda vez que existe un vicio del consentimiento por error y dolo, dado que la demandada Protección S.A., no suministró información suficiente que permitiera anticipar los efectos adversos derivados de la afiliación al régimen de ahorro individual. Lo que conlleva a una vulneración en sus derechos como afiliada.

5.1.3. **Protección S.A.**

La parte demandada, guardó silencio en el término conferido para formular 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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima?

1.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva** y al **segundo negativa**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Protección S.A. demostrar que la afiliación de la 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. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

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 4º, 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; 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.

Descendiendo al *sub lite*, de la historia laboral de Colpensiones¹ y Protección S.A.², del formulario de traslado al RAIS³ y de la certificación de Asofondos⁴,

¹ Archivo 02 PDF

² Fls. 4 a 27 Archivo 01 PDF y 3 a 7, 18 a 31, 32 a 57 Archivo 05 PDF.

³ Fls 1 a 2 y 15 a 16 Archivo 05 PDF

se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 18 de marzo de 1986 al 01 de junio de 1993 (Archivo 02 – PDF).
- Según el formulario de vinculación o traslado a folio 28 Archivo 01, y Folios 1 a 2 Archivo 05, y de la historia laboral de Protección S.A. (Fls. 3 a 7, 18 a 31, 32 a 57 Archivo 05), el 18 de octubre de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de noviembre de 1995. La mencionada AFP, en virtud de una cesión, se convirtió en ING fondo de pensiones y cesantías, por lo tanto, se trasladó a la demandante a ésta última entidad, con fecha de efectividad del 1° de abril de 2000 hasta el 30 de diciembre de 2012. Posteriormente, por otra cesión, la mencionada entidad se transformó en Protección S.A. De esta manera, se trasladó a la actora a dicha entidad, con fecha de efectividad del 31 de diciembre de 2012 (Fl. 8 Archivo 05 PDF)

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, no se le informó de la trascendencia de la decisión, como tampoco se proporcionó asesoría clara y acertada sobre las consecuencias negativas que tendría el traslado de régimen. Se le informó que con el fondo recibiría mayor favorabilidad y beneficio, pues podía pensionarse en el tiempo que ella decidiera.

Por su parte, la AFP Protección S.A. recalcó que no existió omisión por parte de la AFP al momento de entregar a la accionante la información que requería para el traslado del RPM al RAIS de manera informada. Asimismo, esgrime que se realizaron proyecciones, mismas que se hacen para calcular el momento en el cual un afiliado podría acceder a pensión de vejez. Que en ningún momento establecen una fecha exacta, debido a que dependen de factores, los cuales son cambiantes (Fls. 1 a 18 Archivo 04 PDF).

⁴ Fl 8 Archivo 05 PDF

Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. 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 folio 28 Archivo 01 y folios 1 a 2 Archivo 05, 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 la accionante.

En consecuencia, la AFP Protección S.A. no demostró 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).

Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en el recurso de apelación.

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 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.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros. Así como también los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados. Por ende, se adicionará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

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 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 consecuencia, al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera instancia, se observa que la *A quo* no condenó a la AFP Protección S.A. por éstos últimos conceptos. Por tal motivo, se adicionará la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en dicho sentido.

4. 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. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se absolverá de las costas a Colpensiones, teniendo en cuenta la prosperidad parcial del recurso de apelación.

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 numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Protección**

S.A. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por la *A quo*, todas las sumas de dinero de la cuenta individual del actor por concepto de rendimientos financieros. De igual forma los gastos de administración, primas y porcentaje del Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
acceso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale
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)