



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-013-2018-00008-01
Juzgado de primera instancia:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Eugenia Hurtado Pérez
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	197

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 del 24 de noviembre 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, se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 2 a 4).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a folios 97 a 101 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante obedeció al consentimiento espontáneo, observando la ritualidad exigida. Adicionalmente, no se acreditó alguna causal de nulidad, haciendo improcedente su declaratoria. Propuso las excepciones de fondo de: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”*, *“BUENA FE”* y, *“PRESCRIPCIÓN”*.

2.2. Colfondos S.A.

A través de memorial visible a folios 115 a 121 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que a la demandante, se brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de las implicaciones de trasladarse. La afiliación no se realizó bajo ningún vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”*, *“NO EXISTE PRUEBA DE CAUSAL DE NULIDAD ALGUNA”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO”*, *“BUENA FE”*, *“COMPENSACIÓN Y PAGO”*, *“SANEAMIENTO DE CUALQUIER PRESUNTA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN”*, *“INNOMINADA O GENÉRICA”*, *“AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO”*, *“OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO”* y *“NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”*.

2.3. Protección S.A.

En escrito a folios 212 a 236 (Archivo 01) se opone a las pretensiones del introductorio. Refirió que la accionante recibió una asesoría profesional y ética. Ejerció de manera libre y voluntaria el derecho de afiliarse. Propuso como excepciones de fondo las de: “*VALIDEZ DEL TRASLADO DEL ACTOR A PROTECCIÓN*”, “*RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PROMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”,

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia del 24 de noviembre 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, solicitada primero a Colfondos S.A. y después a Protección S.A. **Tercero**, condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos. **Cuarto**, dispuso que Colpensiones debe recibir la afiliación de la accionante al RPM y los recursos con sus rendimientos. **Quinto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. **Sexto**, condenó en costas a la AFP Protección S.A. (Archivo 01 PDF – Fls. 1 a 3).

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró por parte de las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. haber cumplido con el deber de información debida, integral, a sus afiliados sobre las consecuencias que implicaría el traslado, sus proyecciones, comparativos. De esta manera, manifestó que se invierte la carga de la prueba y corresponde a los fondos. Por tal motivo, emerge la ineficacia de la vinculación al RAIS. En cuanto a la prescripción, señaló que se está ante derechos imprescriptibles, la cotización y la afiliación son inmanentes a la pensión. Luego no se dan los presupuestos para que opere esta figura.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Manifiesta que el traslado de la actora al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de pensiones. Que pone en peligro el derecho fundamental de seguridad social de los demás afiliados. Señala que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría. Expone que la demandante cuenta con menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad mínima para gozar de la pensión de vejez. Agregó que, de confirmarse la decisión, se modifique la sentencia en el sentido de que se ordene no solo la devolución de los dineros con sus rendimientos, sino los gastos de administración, dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

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. Colfondos S.A.

Dentro del término legal, señaló que a la demandante se le suministró información correcta y suficiente sobre todos sus interrogantes. Le fue explicado las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; mismo que eran realizados de manera presencial al momento de la suscripción de la solicitud de vinculación, razón por la que las administradoras no cuentan con registro documental. Por lo anterior, solicita se confirme la absolución de cada una de las pretensiones.

5.1.2. Colpensiones:

Señala que el traslado de la actora al RAIS se hizo mediante un formulario, el cual goza de plena validez. Indica que la demandante cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad mínima para gozar de la pensión de vejez, siendo una prohibición legal. Que al decretarse la ineficacia del traslado, se afecta el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente solicita que la devolución de los dineros comprendan no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, sino las comisiones de administración, dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

5.1.3. Parte demandante.

Solicitó se confirme el fallo de primer grado. Argumentó que no recibió al momento de sus afiliaciones, ni durante la vigencia de las mismas, la información necesaria, clara, completa y detallada que le permitiera conocer las ventajas, desventajas y características propias de cada régimen; así como los requisitos para adquirir su derecho a pensión de vejez.

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. ¿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 con los rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora?

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

2. Respuestas al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante será positiva y al segundo negativa. Fue

acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Colfondos S.A., y 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. 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Colfondos S.A.² y Protección S.A.³, los formularios de traslados de régimen pensional⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵, 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, del 11 de agosto de 1984 al 30 de junio de 1995.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado a folios 17, 33, 202 y 237 – Archivo 01 – PDF, y el Historial de Vinculaciones Fls. 29 a 32 y 256 a 268– Archivo 01 – PDF, el 05 de junio de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de julio de 1995**. Luego, el 13 de junio de 2008, la demandante se trasladó a Protección S.A., efectivo a partir del 01 de agosto del mismo año, última entidad en la que continúa cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no recibió información sobre las ventajas y desventajas para adoptar dicha decisión. Se indicó la posibilidad de hacer heredables sus aportes y poder pensionarse de manera anticipada.

2.3.3. Por su parte, la AFP Colfondos S.A. indica que se le brindó asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse de régimen y las principales características y diferencias de cada régimen (Fls. 115 a 121– Archivo 01 PDF). Protección S.A., aludió que las AFP's brindan a sus afiliados toda la información precisa, profesional, y ajustada a las normas que regulan dicho régimen (Fls. 212 a 237– Archivo 01 PDF).

2.3.4. Para la Sala, Colfondos S.A. y Protección S.A. no demostraron que hayan brindado, a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de

¹ Fls. 36 a 37 – Archivo 01 – PDF y Archivo 02 – PDF.

² Fl. 200 – Archivo 01 – PDF.

³ Fls 29 a 32 y 256 a 268– Archivo 01 – PDF.

⁴ Fls 17, 33, 202 y 237 – Archivo 01 – PDF.

⁵ Fl. 250 A 254– Archivo 01 – PDF.

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 los formularios de traslado suscritos por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fls. 237 y 312), 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 afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche de la apelación de Colpensiones concerniente a que a la accionante le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado.

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 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, al no haberse demostrado que se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

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 valores por conceptos tales como rendimientos financieros, primas, gastos de administración, porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima. Estos últimos debidamente indexados. Por ende, se adicionará la sentencia de primera instancia.

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 los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

3.2.3. En consecuencia, al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera

instancia, se observa que el *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 tanto, se s 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 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 3.- de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Protección S.A. y Colfondos** a trasladar a Colpensiones los valores por primas, *gastos de administración* y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la 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
actuación judicial



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)