



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009- 2020-00373-01
Juzgado de origen:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Francisco Antonio Barragán Aponte
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	212

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 No. 016 emitida el 25 de enero de 2021. 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 decrete que es beneficiario del régimen de transición. Asimismo, se declare la nulidad 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 pensionales, rendimientos

financieros y semanas cotizadas, y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Folios 03 a 08 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 02 a 16 (Archivo 14 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen del accionante se realizó de forma libre. Tampoco se demuestra ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado. Propuso las excepciones de fondo de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS*”, “*FALTA DE TÍTULO Y CAUSA*”, “*SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 2 a 29 (Archivo 20 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Señala que no es aceptable, que después de permanecer afiliado por más de 20 años, aduzca que fue engañado. 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*”, “*VALIDEZ DE LA AFILIACION DE LA PARTE ACTORA AL RAIS*”, “*COMPENSACIÓN*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”

2.3. Intervención Ministerio Público.

Señaló mediante escrito visible a folios 2 a 7 (Archivo 11 PDF), que es a Protección S.A. a quien le corresponde probar que en el proceso de traslado de régimen pensional, cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los requisitos legales y los parámetros

jurisprudenciales. Por consiguiente, solicita se absuelva a Colpensiones y no se condene en costas.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 016 emitida el 25 de enero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar que el señor Francisco Antonio Barragan Aponte no es beneficiario del régimen de transición. **Tercero**, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante con Protección S.A. **Tercero**, ordenó a Colpensiones aceptar el regreso del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales. **Cuarto**, condenó a Protección S.A. a trasladar los aportes con los rendimientos financieros. **Quinto**, ordenó a Colpensiones a cargar en la historia laboral del actor los aportes y rendimientos financieros. **Sexto**, condenó en costas a la AFP Protección S.A. y a Colpensiones a favor del actor. **Séptimo**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 28 PDF – Fls. 1 a 5)

3.2. Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia. Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por tratarse la afiliación a un determinado régimen pensional de un derecho inherente a la pensión, el mismo no prescribe.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que el demandante cuenta con 63 años de edad, por tal motivo, es candidato para la pensión de vejez. Agregó que, en principio el actor se afilió al Régimen de Prima Media gestionado por el extinto ISS -hoy Colpensiones-, posteriormente en el

año 1996 solicitó el traslado al RAIS administrado por Protección S.A.; es decir que el demandante se encuentra en la prohibición expresa del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

4.1.2. Señala que se debe demostrar la pérdida de la expectativa legítima ocasionada por el traslado. Argumenta que no existió vicio en el consentimiento o asalto de la buena fe. Que no era posible, para la fecha de afiliación, calcular el IBC con que cotizaría el demandante en los próximos años, además de la mesada pensional real.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se declare que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS administrado por Protección S.A., teniendo en cuenta que permaneció en dicho régimen por más de 24 años sin presentar ninguna inconformidad.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Las apoderadas 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 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Colpensiones:

Dentro del término legal, la apoderada judicial de Colpensiones, replicó argumentos similares a los señalados en su contestación y en la alzada. Señaló que el actor se encuentra válidamente afiliado. Es candidato para la pensión de vejez, por lo que se encuentra en una prohibición expresa, pues le falta menos de 10 años para pensionarse.

5.1.2. Protección S.A. y la Parte demandante:

Dentro del término legal, guardaron silencio para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

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. ¿Se debe ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados?

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

2. Respuesta al primer interrogante.

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 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 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; 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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones², Protección S.A.³, de la certificación de Asofondos⁴, el certificado de información laboral para bono pensional⁵ y del formulario de traslado al RAIS⁶; que el demandante 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 01 de junio de 1971 al 31 de marzo de 1995.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 06 de marzo de 1996, el accionante se trasladó al RAIS a través de Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de mayo** del mismo año, entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. 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 cómo operaría el fondo de

² Fls. 02 a 07 Archivo 03 PDF

³ Fls. 09 a 29 Archivo 03 PDF y 36 a 59 Archivo 20 PDF

⁴ Fls 60 Archivo 20 PDF

⁵ Fls. 30 a 35 Archivo 20 PDF

⁶ Fls. 07 Archivo 03 PDF y 29 Archivo 20 PDF

pensiones, no se le informó de la trascendencia de la decisión, como tampoco se proporcionó asesoría clara y acertada. Que esas omisiones la indujeron a firmar el formulario de traslado

Por su parte, la AFP 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. Asimismo, esgrime que se realizaron proyecciones y cálculos, pero de manera verbal. Que se suministró toda la información que se requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción. Folios 2 a 29 (Archivo 20 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya 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, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP.

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. Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la afiliación del accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, por ende, validó su afiliación; además, de que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Protección S.A.

Por consiguiente, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Protección S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo 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. En consecuencia, y teniendo en cuenta que la juez primigenia omitió la orden de devolver dichos rubros, habrá de adicionarse la sentencia apelada y consultada en este sentido.

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).

3.2.3. De igual forma ocurre con el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, deben ser trasladados dichos recursos del RAIS al RPMPD e incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. (SLL2329-2021)

4. Respuesta al tercer 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.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y en favor del actor, teniendo en cuenta la no prosperidad 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 ordinal 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. Asimismo, deberá reintegrar debidamente indexados y a costa de su propio patrimonio, los valores por primas, *gastos de administración* y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.


TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la apelante Colpensiones, 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
uso judicial

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)