



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

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

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-014-2019-00168-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Catorce Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Martha Cecilia Carvajal Valdivieso
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Protección S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adicional/Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>214</b>

**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 Colpensiones, contra la sentencia No 264 emitida el 18 de septiembre 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, que se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, rendimientos financieros, intereses e indexación. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Folios 102 a 118 – PDF).

**2. Contestaciones de la demanda.**

## 2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 131 a 137 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se puede ordenar traslado de régimen de un afiliado cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez. Que permaneció más de 20 años en el RAIS. Por lo tanto, la nulidad se encuentra saneada. Propuso las excepciones de fondo de: "LA INNOMINADA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "CARENCIA DE DERECHO", "PRESCRIPCIÓN" y "COMPENSACIÓN".

## 2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 154 a 186 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Señala que no es aceptable que, después de permanecer afiliada por más de 19 años, atribuya responsabilidad alguna a dicha entidad. Formuló como excepciones de fondo las de: "VALIDEZ DE LA AFILIACION A PROTECCIÓN S.A.", "BUENA FE", "INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO", "PRESCRIPCIÓN", "CARENCIA DE ACCIÓN E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA TRASLADARSE DE RÉGIMEN", "INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA", "NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS", "COMPENSACIÓN" y la "INNOMINADA o GENÉRICA".

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 264 emitida el 18 de septiembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con Protección S.A. En consecuencia, ordenó trasladar todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos y el bono pensional, si lo hubiere. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. **Cuarto**, condenó en costas a Protección S.A. y a Colpensiones a favor de la actora (Archivo 03 PDF – Fls. 1 a 7)

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró, por parte de la AFP Protección S.A., haber brindado una información clara y suficiente a la

demandante, con el fin de ilustrarla adecuadamente sobre todas las consecuencias acarreadas con la decisión del traslado. En ese sentido, consideró que ante esta falencia probatoria, no puede entenderse el traslado como libre y voluntario. En consecuencia, procedió a declarar la ineficacia del traslado solicitada (mto 1:23:27 a .1:25:14)

#### **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. Que tan solo hasta el año 2015, la Jurisprudencia estableció que las AFP debían suministrar una información completa. Que para la época del traslado, esa exigencia no existía. Por lo que la Ley y la Jurisprudencia no pueden ser retroactivas. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas, pues no obra negligencia en su actuar toda vez que la negativa se ajustó a las previsiones legales.

#### **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 2020<sup>1</sup>, 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 la actora se encuentra válidamente afiliada. Además, no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al régimen de ahorro individual.

###### **5.1.2. Parte demandante y Protección S.A.**

---

<sup>1</sup> "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".

Dentro del término legal, guardaron silencio en el lapso 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 del 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, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y gastos de administración?

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

1.5. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

#### 2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. 2.1. La respuesta al **primer** interrogante es **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 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; 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.

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones<sup>2</sup>, Protección S.A.<sup>3</sup>, del certificado de información laboral para bono pensional<sup>4</sup> y del formulario de traslado al RAIS<sup>5</sup>; que la 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 29 de julio de

---

<sup>2</sup> Fls. 138 a 142 Archivo 01 PDF

<sup>3</sup> Fls. 196 a 214 Archivo 01 PDF

<sup>4</sup> Fls. 189 a 194 Archivo 01 PDF

<sup>5</sup> Fls. 09, 25, 40, 56, 187 Archivo 01 PDF

1982 al 30 de abril de 1995.

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 01 de junio de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **mes de junio** 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, 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, ni se le proporcionó asesoría clara y acertada. Tampoco se le explicó acerca de la posibilidad de retractarse de su afiliación.

Por su parte, la AFP Protección S.A. recalcó que no existió omisión al momento de entregar a la accionante la información que requería para el traslado del RPM al RAIS. Esgrime que la actora fue asesorada en debida forma para que tomara una decisión consciente y libre de toda coacción. Folios 154 a 186 (Archivo 01 PDF),

2.3.3. 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. 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). 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, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP.

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 la AFP Protección S.A. 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 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 el juez primigenio 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 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.

#### **5. Respuesta al quinto problema jurídico.**

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *A quo* a Colpensiones.

#### **6. 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 de la actora, 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 SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ORDENAR a Protección S.A. trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por el *A quo*, los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y a costa de su propio patrimonio.

**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 de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

**CUARTO:** Notifíquese esta decisión por edicto.


**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
uso 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)