



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2019-00265-01
Juzgado de primera instancia:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Nelly Echeverry Rojas
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	235

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia No. 272 emitida el 14 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 condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual de la actora. Asimismo, requiere el pago de costas procesales y agencias en derecho (Páginas 64 a 71 – Archivo 01Expediente — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Protección S.A.

Requirió se deniegue el *petitum* demandatorio (Págs. 83 a 131 – *ibidem*). Indicó que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar a la accionante toda la información que ésta requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS. Fue ilustrada sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, tomando la demandante una decisión inequívoca de vincularse al RAIS, de forma libre, espontánea y sin presiones. Formuló como excepciones de fondo, las de: “*VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN...*”, “*INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA*”, “*BUENA FE*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otras.

2.2. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 197 a 206 *ibid*. Se opone a las pretensiones de la demanda. Aludió que no se demuestra que la actora haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun, cuando permaneció en el RAIS por muchos años. Por ende, el traslado reprochado resulta válido, lo que se demuestra con la firma en el formulario de afiliación al fondo privado. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 272 del 14 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS. **Segundo**, ordenó a Protección S.A. a trasladar al RPM administrado por Colpensiones, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así

como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración. **Tercero**, ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la accionante, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. **Cuarto**, condenó en costas al fondo privado.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no se demostró, por parte de Protección S.A., haber brindado a la demandante, al momento del traslado de régimen, una información clara y calificada sobre las consecuencias que acarrea el cambio del RPM al RAIS, ni mucho menos que se le haya garantizado la doble asesoría, generándose con ello su desinformación. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones.

Expresa que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Ello, por cuanto la afiliada no puede trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Por tanto, requiere se revoque la providencia de primer grado.

4.2. Apelación Protección S.A.

Manifestó que la comisión de administración es aquella que cubren las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados. El fondo privado descuenta el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la aseguradora. Dicho descuento se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Durante todo el tiempo de afiliación de la

demandante a esa AFP, se administraron los recursos con la mayor diligencia y cuidado. Por ende, no es procedente ordenar la devolución por comisión de administración. Se trata de gastos ya causados. Al declararse la ineficacia de traslado, se entiende que la cuenta de la actora en el RAIS nunca existió y, por ende, tampoco dichos rubros y los rendimientos financieros. Para ello, citó el artículo 1746 del C.C., que trata sobre las restituciones mutuas.

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. Parte demandante:

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, pretensiones y alegatos de conclusión. En suma, requiere se confirme el fallo de primer grado.

5.1.2. Colpensiones:

Se ratificó en los argumentos expuestos en primera instancia. Alude que esa AFP no puede hacer otra cosa que ajustarse a la ley. Para el caso en concreto, se ciñó de manera rigurosa a las disposiciones constitucionales, legales y a los reglamentos de la institución. Por ende, no es dable desconocer por vía de jurisprudencia, tan claras reglas legales sobre prestaciones y obligaciones de las entidades de seguridad social. Concluyó que, se atiene a lo demostrado y a las resultas del proceso.

5.1.3. Protección S.A.

Se opone a la condena por comisión de administración. Ello, por cuanto se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de

administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Reiteró sus argumentos frente a las restituciones mutuas.

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. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración?

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 es **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 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. Dicha decisión 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 el fondo el que está obligado 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 y Protección S.A.², del certificado para bono pensional³ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁴, 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 08 de enero de 1986 al 31 de noviembre de 1995.
- b. A pesar de que no se allegó el formulario de traslado de régimen pensional, lo cierto es que en el libelo introductorio se afirmó que la actora se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS a través de Protección S.A. Lo anterior, se ratifica con el historial de vinculaciones de Asofondos, en el que se informa que la demandante se trasladó de régimen pensional el 21 de noviembre de 1995, efectivo a partir del 1° de diciembre de ese año. La accionante ha venido efectuado los aportes pensionales al mentado fondo privado.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, no se le indicó las ventajas y desventajas, ni se le entregó cálculos y proyecciones donde se evidenciara los pro y contras de ambos regímenes, y las implicaciones que ello representaba. Le señalaron que el ISS iba a desaparecer y, por ende, las cotizaciones en el RPM se podrían perder.

2.3.3. Por su parte, la demandada Protección S.A., precisó que no existió omisión, por parte de esa AFP, al momento de entregar a la accionante toda la información que esta requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS. Fue ilustrada sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, tomando la demandante una decisión inequívoca de vincularse al RAIS, de forma libre, espontánea y sin presiones.

2.3.4. Para la Sala, la AFP convocada al litigio no demostró que haya brindado a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el

¹ Archivo PDF "GRP-SCH-HL-66554443332211_1780-20200729113830" - Carpeta 02 Expediente administrativo.

² Archivo 01Expediente – PDF – Páginas 12 a 19 y 158 a 165.

³ Archivo 01Expediente – PDF – Páginas 9 a 11 y 149 a 151.

⁴ Archivo 01Expediente – PDF – Página 188.

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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). Nótese, que ni siquiera se allegó al expediente, por el fondo privado, el formulario de traslado de régimen pensional, circunstancia que conllevaría al declarar la inexistencia del pluricitado traslado. No obstante, al haberse aceptado dicho suceso por la parte actora, resulta, en todo caso, ineficaz.

A pesar de que se allegó por pasiva el histórico de asesorías realizadas a la demandante efectuadas por Protección S.A. (Págs. 132 a 139 – *ibidem*), lo cierto es que las mismas no corresponden al período en que la actora se trasladó de régimen pensional, esto en noviembre de 1995. Las documentales en comento, datan de los años 2010 a 2012. Lo anterior, no subsana el deber de información que le correspondía a la AFP en el momento del traslado del RPM al RAIS.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación se mantuvo por varios años en el RAIS y que le faltaban 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 al fondo privado. Al respecto, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales

como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”.

Por otra parte, 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 el fondo privado 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 segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, primas y gastos de administración.

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 otras.

3.2.2. Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formaran parte de la cuenta individual de la afiliada.

3.2.4. 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 al fondo privado, 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 reciente sentencia SL2601 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86744, la mentada Corporación, recordó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como **cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, **las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.**”*

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

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de las apelantes Colpensiones y Protección S.A., y en favor de la actora.

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: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Protección S.A. y Colpensiones, y en favor de la 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
ac. 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)