



**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:	76-001-31-05-005-2019-00521-01
Juzgado de primera instancia:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Myriam Gladys Suarez Riaño
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	237

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 los apoderados judiciales de la demandante y Colpensiones, contra la sentencia No. 254 emitida el 07 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 Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora. Asimismo, se condene a Colpensiones a aceptar a la accionante al RPM. Finalmente, requiere el pago de costas

procesales y agencias en derecho (Archivo 01Expediente – Páginas 26 a 33– PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 68 a 74 (Archivo 01 PDF). Se opone al *petitum demandatorio*. Aludió que, la demandante realizó su traslado al RAIS de forma libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso. Agregó que, la parte actora debió probar que Colfondos S.A., incurrió en un vicio o causal de nulidad. Propuso las excepciones de fondo de: “*INNOMINADA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Colfondos S.A.

Dio contestación a la demanda, allanándose a las pretensiones del introductorio de conformidad con el artículo 98 del C.G.P. (Pág. 50 *ibidem*)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 254 del 07 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 Colfondos 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.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, dentro del proceso no se demostró por parte de Colfondos 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, los apoderados judiciales de la parte demandante y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones.

Expresa que, de conformidad con el fallo C – 1024 de 2004, la medida prevista en la norma, conforme a la cual, el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad y adquirir la pensión, resulta razonable. Lo anterior, por cuanto contribuye a evitar la descapitalización del fondo común de prima media. Ello se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo y asimismo, no fueron tenidas en cuenta para realizar su cálculo actuarial del futuro pago de pensiones, pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos a cumplir los requisitos para la pensión. Dicha circunstancia, contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de afiliados.

De otro lado, requirió se atienda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde para estos procesos, no se demuestra un vicio del consentimiento o asalto de buena fe, al momento de afiliación al RAIS.

4.2. Apelación demandante.

Requirió se adicione la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar en costas a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. La primera entidad, salió vencida dentro del proceso y frente a la segunda, se debe determinar si su actuar estuvo desprovista de buena fe al momento del allanamiento.

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. 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.

5.1.2. La demás partes, guardaron 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?. De manera subsiguiente: ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

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?

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A.?

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 Colfondos 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 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 la historia laboral de Colpensiones¹, el certificado para bono pensional² y la certificación de traslado de régimen pensional³, 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 1° de octubre de 1987 al 30 de noviembre de 1998.
- b. A pesar de que no se allegó al plenario el formulario de traslado de régimen pensional, lo cierto es que en el libelo introductorio se aceptó que la actora se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS a través de Colfondos S.A. Lo anterior, se ratifica con la certificación de traslado de régimen pensional, en la que se alude que el 13 de diciembre de 1999, la demandante se trasladó de Colpensiones a Colfondos S.A. (Págs. 21 – *ibidem*).

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, el traslado de régimen pensional,

¹ Archivo 01Expediente – PDF – Páginas 13 a 15 y expediente administrativo (carpeta 02).

² Archivo 01Expediente – PDF – Páginas 16 a 17.

³ Archivo 01Expediente – PDF – Páginas 21.

carece de legalidad y validez, por cuanto la promotora de la acción no tuvo una información oportuna, precisa y clara frente a dicha decisión. No se suministró por parte del fondo privado, una suficiente y completa información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el RPM y sus consecuencias futuras.

2.3.3. Por su parte, la demandada Colfondos S.A., en la oportunidad procesal para contestar el introductorio, expresó que se allanaba a las pretensiones de la demanda, en aplicación del artículo 98 del C.G.P. (Pág. 50 - *ibíd*).

2.3.4. Para la Sala, la mentada AFP convocada al litigio, 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 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 su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral de la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la promotora de la acción 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. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la afiliada.

Asimismo, contrario a lo señalado por la apoderada judicial de Colpensiones, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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 Colfondos S.A. debe trasladar a Colpensiones, los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros 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 a Colfondos 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 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. Respuesta al cuarto 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. Por ende, habrá de adicionarse la providencia recurrida, en el sentido de condenar a Colpensiones por tal concepto, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V.

Frente a la pretendida imposición de costas en contra de Colfondos S.A., conviene señalar de manera primigenia, que en lo atinente al allanamiento a las pretensiones de la demanda, el artículo 98 del C.G.P., estipula que: “*En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda*”. A su turno, el artículo 99 *ibidem*, dispone que, el allanamiento será ineficaz, entre otros: “**6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.**”

Ahora bien, en el *sub judice* la parte pasiva la conforman Colfondos S.A. y Colpensiones, integrando de manera evidente un litisconsorcio necesario, por cuanto existe una unidad inescindible respecto del objeto *decidendum*. En consecuencia, teniendo en cuenta que, Colpensiones no formuló o coadyuvó el allanamiento presentado por el fondo privado (Pág. 50 *ibidem*), resulta ineficaz el allanamiento incoado. Por tanto, en virtud del artículo 365 del C.G.P., al haber sido la AFP Colfondos S.A., vencida en juicio, sin que se observen causales para eximirla de dicho rubro, resulta procedente imponer condena en costas en su contra, en el mismo monto antes enunciado.

6. 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 la apelante Colpensiones, 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia No. 254, apelada y consultada, en el sentido de: “**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a Colpensiones y Colfondos S.A., en favor de la actora. Las

agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una, por lo antes expuesto”.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de 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.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vieje
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)