



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-007- 2020-00368-01
Juzgado de origen:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Maribel Pisso Serna
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	248

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 Protección S.A., contra la sentencia No. 16 emitida el 03 de febrero 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 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. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados junto con sus rendimientos financieros e intereses y cuotas de administración, y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 – Folios 03 a 17 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 3 a 14 (Archivo 06 PDF). Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre y voluntaria. Tampoco se demuestra ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*LA INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 2 a 13 (Archivo 08 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la demandante no demuestra ninguna nulidad que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. Agregó que fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, por tanto, su vinculación fue libre de presiones o engaños. Formuló como excepciones de mérito, las de: “*VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA A PROTECCIÓN*”, “*RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL RAIS*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE AMDINISTRACIÓN*”, “*BUENA FE*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.3. Procuraduría

Por medio de memorial anexo a folios 2 a 7 (Archivo 5 PDF), intervino para solicitar al Despacho para que con fundamento en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se exonere a Colpensiones del pago de las costas procesales, teniendo en cuenta que no participó en el proceso de traslado de la demandante.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia del 3 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del RPM al RAIS. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a recibir en el RPM a la accionante. **Cuarto**, ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a su patrimonio. **Quinto**, costas a cargo de Protección. **Sexto**, absolver de costas a Colpensiones. **Séptimo**, ordenar la consulta en favor de Colpensiones.

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.

4. Recurso de apelación

4.1. Protección S.A.

La apoderada expresó, que para la época de la afiliación de la demandante, Protección S.A. le brindó una asesoría completa, verídica y suficiente, según los lineamientos de la normativa vigente, cumpliendo con ello con el deber de información.

Argumentó que durante el tiempo en que estuvo afiliado al RAIS, la actora tuvo la posibilidad de solicitar el traslado al RPM, sin embargo, de forma negligente esperó hasta el último instante para solicitar el retorno a Colpensiones.

Por otra parte, indicó que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se debe absolver a Protección del pago de los bonos pensionales, teniendo en cuenta que no se había expedido monto alguno por dicho concepto. De las sumas adicionales, señaló que éstas no se causan cuando se efectúa el traslado del RAIS al RPM. Con relación a la orden de devolver los gastos de administración, sostuvo que fueron descontadas de conformidad con ley y como resultado, se generaron unos rendimientos imposibles de restituir a Colpensiones.

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.

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 05 – página 3 a 5 del Cuaderno Tribunal.

Las demandadas Protección S.A. y Colpensiones, no presentaron escrito de alegatos dentro del término concedido para tal fin.

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 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, rendimientos, bonos pensionales y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante?

2. Respuesta al primer interrogante.

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

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 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. Para este caso, de la historia laboral de Protección S.A.¹, el formulario de traslado de régimen pensional², y del historial de vinculaciones de Asofondos³, 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, desde el mes de septiembre de 1988.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 25 de julio del año 1994, la demandante se trasladó al RAIS a través de Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de agosto** del mismo año, última 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 información adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, para que, con dicha ilustración, hubiere podido escoger el régimen que más la

¹ Archivo 08 – PDF – Folios del 15 a 35.

² Archivo 02 – PDF – Folio 20.

³ Archivo 08 – PDF – Folio 72

beneficiaría. Finalmente, indicó que la mesada pensional en el RAIS resulta inferior a la que arrojaría la del RPM.

2.3.3. Por su parte, la AFP Protección S.A. en su escrito de contestación, indica que se le brindó a la actora, información verbal sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales. Dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar esa decisión. Luego de ello, la demandante decidió de manera libre y espontánea afiliarse al RAIS.

2.3.4. Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, a la accionante 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). 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. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el demandante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de los 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 promotora de la acción.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, 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 RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación

Laboral del a 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**. Protección S.A. debe trasladar los valores que percibió por motivo de afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales si los hubiere, sin que ello configure un enriquecimiento sin causa.

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. 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).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”*

3.2.3. Finalmente, la apoderada de Protección S.A., discrepa en su alzada de la condena por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, entendiendo que ellas se remiten al porcentaje destinado a seguros previsionales. Sin embargo, como se vio anteriormente, el 3% destinado para gastos de administración y seguros previsionales, así como el porcentaje para Fondo de Garantía de pensión mínima debe reintegrarse, dada la ineficacia del acto y que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

4. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Protección S.A. y en favor de la parte 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 al apelante **Protección S.A.**, 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,


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)*