



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-015-2020-00020-01
Juzgado de primera instancia:	Quince Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Marco Tulio Vargas Agudelo
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	258

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia No. 322 del 06 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad 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, todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita y el pago de costas procesales (Páginas 4 a 10 – Archivo 01 — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Protección S.A.

Requirió se deniegue el *petitum* demandatorio (Págs. 102 a 136 – *ibidem*). Indicó que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar al accionante toda la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS. Recalcó que el fondo privado actuó de manera profesional, transparente y prudente, siendo el demandante quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen. Formuló como excepciones de fondo, las de: “*VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DEL RPM AL RAIS REALIZADO POR EL DEMANDANTE*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otras.

2.2. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 3 a 11 (Archivo 02 – PDF). Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado, de manera libre y voluntaria. Por ello, esa autoridad no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de mérito de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 322 emitida el 06 de octubre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara del RPM al RAIS que data del 03 de julio de 1998. **Tercero**, ordenó a Protección S.A. devolver todos los dineros que haya en la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se

hubieren causado. Devolver estos dineros a Colpensiones. **Cuarto**, ordenó a esa última entidad vincular válidamente al actor al RPM. **Quinto**, condenó en costas a Protección S.A. y Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Recalcó que la carga probatoria en dichos asuntos se encontraba en cabeza de los fondos privados, por lo cual, ante la falta de medios de convicción, procedía la ineficacia deprecada.

Contra la mentada providencia no se formularon recursos de apelación por las partes de la *litis*.

4. Trámite de segunda instancia

4.1. 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:

4.1.1. Colpensiones:

Ratificó los argumentos expuestos en primera instancia. Describió que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Requirió se absuelva a dicha administradora de las pretensiones de la demanda (Archivo 05 – PDF – Cuaderno Tribunal).

4.1.2. La demás partes guardaron silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del grado jurisdiccional de consulta.

En lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, se colige que no tiene los limitantes de la apelación, por tanto el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia. En el presente asunto, la consulta opera en favor de Colpensiones, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus intereses.

2. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

2.2. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, se traslade a Colpensiones, los gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

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

3. Respuesta al primer interrogante.

3.1. 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 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. Dicha decisión no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

3.2. 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 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.

3.3. Caso en concreto.

3.3.1. Para este caso, de las historias laborales emitidas por Colpensiones¹ y Protección S.A.², del certificado de traslado de régimen pensional³, del resumen de historia laboral para bono pensional⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 15 de julio de 1974 al 31 de mayo 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 el actor se trasladó al RAIS a través de la AFP ING Pensiones y Cesantías. Lo anterior se ratifica con la certificación de traslado emitida por Colpensiones y el Historial de Vinculaciones de Asofondos. Dicho traslado se efectuó el 03 de junio de 1998 y se hizo efectivo el 1° de agosto de 1998. Posteriormente, operó la cesión por fusión de esa AFP con Protección S.A. El actor se tuvo incorporado a esta última desde el 31 de diciembre de 2012, donde viene efectuando sus aportes.

3.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, al accionante no se le hizo un estudio minucioso de las consecuencias de trasladarse de régimen pensional. No se le indicaron las ventajas y desventajas del RPM y el RAIS, y, menos aún, se le efectuó una proyección de su pensión (Págs. 4 a 10 – Archivo 01 — PDF).

3.3.3. Por su parte, Protección S.A., manifestó que no existió omisión de esa AFP al momento de entregar al accionante toda la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS. Recalcó que el fondo privado actuó de manera profesional, transparente y prudente, siendo el demandante quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen (Págs. 102 a 136 –

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas 72 a 77.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 55 a 71 y 141 a 159.

³ Archivo 01 – PDF – Página 54.

⁴ Archivo 01 – PDF – Páginas 139 a 140.

⁵ Archivo 01 – PDF – Página 137.

ibidem).

3.3.4. Para la Sala, la mentada AFP no demostró que haya brindado al 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 (SL4811-2020). Nótese, además, que ni siquiera se allegó al expediente el formulario de traslado de régimen pensional, circunstancia que conllevaría a declarar la inexistencia del pluricitado traslado, no obstante, al haberse aceptado dicho suceso por la parte actora, resulta, en todo caso, ineficaz. Máxime, cuando la suscripción del formulario de traslado 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 accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches de las accionadas, concernientes a que la afiliación del promotor 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.

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 al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

4. Respuesta al segundo problema jurídico.

4.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, debe retornar los gastos de administración indexados, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por tanto, se adicionará el fallo de primer grado.

4.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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.

Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que el 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.

Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formarán parte de la cuenta individual del afiliado.

4.3. Por otra parte, la Sala considera procedente abordar el concepto de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, en sede de consulta. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos jurídicos previstos en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que: **i)** en la sentencia de primer grado, no se profirió condena por dichos conceptos; y **ii)** dicha omisión se traduce en una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar las posibles prestaciones pensionales del actor, lo que genera un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

En cuanto a los **gastos de administración indexados**, 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 cuanto al **porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 señala que, cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados

en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

En consecuencia, se adicionará la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

5. 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.

6. Costas.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia 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 indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR la providencia objeto de consulta, por lo antes expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. Judicial



FABIO HERNAN 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)