



**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:	76-001-31-05-007- 2020-00416-01
Juzgado de primera instancia:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Alba Concepción Cándelo Mosquera
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	255

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. 034 del 19 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

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, se condene a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, los aportes y/o capital, como sus rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora. Finalmente, requiere el pago de costas procesales (Páginas 1 a 9 – Archivo 03 — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 4 a 12 (Archivo 08 – PDF). Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que, la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, razón por la cual, al momento de efectuarse el traslado de régimen era una decisión en la cual el extinto ISS no podía “inferir”. Agregó que, por prohibición legal, no se puede ordenar traslado de ningún afiliado cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Propuso las excepciones de fondo de: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “INNOMINADA”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”.

2.2. Colfondos S.A.

No se opone a la prosperidad del *petitum* demandatorio (Págs. 3 a 6 – Archivo 07). En todo caso, indicó que, para la fecha del traslado de la demandante, las AFP no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora. Aceptó que no se dejaba soporte escrito de la asesoría, más allá del formulario de afiliación. No se formularon medios exceptivos de fondo.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 034 emitida el 19 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS y por ende, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, dispuso que la actora deberá ser admitida nuevamente en el RPM por parte de Colpensiones. **Cuarto**, ordenó a Colfondos S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, 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; junto

con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. **Quinto**, sin costas de primera instancia.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, correspondía a Colfondos S.A., demostrar que suministró a la demandante, información correcta respecto de lo que sería su monto de la pensión, la diferencia de los pagos de aportes, las características del régimen, la rentabilidad de los aportes y la posibilidad de retractarse. Agregó que, la suscripción del formulario no es suficiente para ello. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

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:

Refirió que el traslado de la demandante al RAIS goza de plena validez. Dicho acto además, es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Asimismo, se torna inviable la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones.

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 y fallo complementario. 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:

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 y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales?

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 del *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

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 la historia laboral de Colpensiones¹, el formulario de traslado de régimen pensional² y el 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, del 1° de agosto de 1996 al 29 de febrero del 2000.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 22 de marzo de 2000, la actora radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de mayo del mismo año, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, la accionante no recibió una información necesaria, clara y por escrito, de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas del RAIS. No se brindó información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el traslado, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión. Tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del fondo.

2.3.3. Por su parte, Colfondos S.A., a pesar de no oponerse a las pretensiones del introductorio, argumentó que, para la fecha del traslado de la demandante, las AFP no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora. Asimismo, aceptó que no se dejaba soporte escrito de la asesoría, más allá del formulario de afiliación.

¹ Carpeta 09 – Expediente administrativo - Archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211_1893-20201218092007".

² Archivo 04 – PDF – Página 6.

³ Archivo 07 – PDF – Página 9.

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 (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 afiliada 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.

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, además de las cotizaciones y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales.

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 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).

3.2.3. 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.

3.2.4. 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 del afiliado.

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.

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

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-V

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)