



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012-2020-00357-01
Juzgado de primera instancia:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nixon Hernán García Guacaneme
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	284

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 Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia No. 110 emitida el 15 de abril 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 el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones el total de los aportes realizados por el actor, incluyendo los rendimientos y semanas cotizadas. Finalmente, requiere el reconocimiento

de lo extra y ultra petita, y el pago de costas y agencias del derecho (Páginas 1 a 32 – Archivo 04 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 4 a 14 (Archivo 13). Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que el accionante realizó el traslado de régimen pensional de forma libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente. La parte actora debe probar que Protección S.A. incurrió en un vicio o causal de nulidad. Propuso las excepciones de fondo de: “*LA INNOMINADA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Protección S.A.

Mediante auto No. 1005 del 19 de marzo de 2021, la *a quo* dio por no contestada la demanda respecto de esa AFP (Archivo 17 – PDF).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 110 emitida el 15 de abril de 2021. En su parte resolutive decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y de todas las afiliaciones entre administradoras, por parte del actor. **Tercero**, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas; y que los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante si fuere el caso. **Cuarto**, condenó a Protección S.A. a devolver los gastos de administración, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima a cargo de su propio patrimonio, con

los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado. **Quinto**, condenó en costas a las demandadas.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no se demostró, por parte del fondo privado, haber cumplido con el deber de informar, de forma clara al accionante, lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante. La suscripción del formulario de traslado no es suficiente para ello. 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 Colpensiones y Protección S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones.

Reiteró que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional. Ello, por cuanto se crea un traumatismo para el estado, al quedar la prestación pensional en cabeza de esa entidad, generando, además, inestabilidad jurídica y financiera. Asimismo, planteó que el deber de información por parte de las AFP resulta claro sólo hasta el año 2015 por la jurisprudencia. Para la data del traslado de la accionante no se encontraba vigente. Recalcó que la ley y la jurisprudencia no pueden ser retroactivas. En consecuencia, requirió se revoque el fallo de primer grado. También solicitó la absolución de la condena en costas. La circunstancias del traslado fueron ajenas a dicha autoridad, siendo que tampoco fue negligente.

4.2. Apelación Protección S.A.

Enrostra su inconformidad frente a la condena por **gastos de administración**. Alude que dicho concepto se encuentra autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Durante el período en que el actor estuvo afiliado a esa AFP, ésta última administró sus aportes. Lo anterior, se evidenció con los **rendimientos financieros** generados en la cuenta individual del accionante. Estos conceptos se encuentran debidamente causados.

Lo anterior, se ratifica con lo estatuido en el artículo 1746 del C.C. Si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que la afiliación nunca existió y, por ende, Protección S.A. nunca debió administrar la cuenta de ahorro del actor. Esa AFP actuó conforme a la ley y los parámetros de la Superintendencia Financiera. Frente al **seguro previsional**, no existe la posibilidad de ordenar su traslado, toda vez que estos se encuentran autorizados por los artículos 20 y 108 de la Ley 100 de 1993, y el Decreto 876 y 1161 de 1994. No hay lugar al traslado del porcentaje destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, por cuanto esa AFP efectuó dichos descuentos para el evento de no alcanzar las directrices de la Ley 100 de 1993 para acceder a la prestación. Finalmente, se opone a la **condena por costas y agencias en derecho**.

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:

Requirió se confirme el fallo de primer grado. Ratificó los argumentos expuestos en primera instancia desde la presentación de la demanda frente a la falta del deber de información.

5.1.2. Colpensiones:

Insistió que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS. No se demostraron los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

5.1.3. Protección S.A.:

Solicitó se revoque la condena por comisión de administración. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?. Consecuentemente: ¿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, se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

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 Protección 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 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.

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 formulario de traslado de régimen pensional³ y del certificado de información laboral para bono pensional⁴, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones así:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 12 de marzo de 1984 a septiembre de 1998.
- b. Según el formulario de vinculación, el 06 de octubre de 1998 el actor radicó solicitud de traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., el que se hizo efectivo a partir de esa misma mensualidad. En dicha administradora, el promotor de la acción ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, el demandante no fue asesorado sobre los alcances negativos que le generaba dicho acto. No tenía conocimiento sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Tampoco se le hizo un comparativo de los posibles montos de la prestación pensional (Págs. 1 a 32 – Archivo 04 – PDF).

2.3.3. Por su parte, Protección S.A. no allegó escrito de contestación de la demanda para controvertir los supuestos fácticos alegados en el introductorio. Mediante auto No. 1005 del 19 de marzo de 2021, la *a quo* dio por no contestada la demanda por parte de esa AFP (Archivo 17 – PDF).

2.3.4. 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, y la pérdida del régimen de transición,

¹ Archivo 03 – PDF – Páginas 2 a 8.

² *Ibíd* – Páginas 10 a 21 y 35 a 45.

³ *Ibíd* – Páginas 9.

⁴ *Ibíd* – Páginas 47 a 49.

de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, 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 al plenario, 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 concernientes a que la afiliación del accionante 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, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J 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 prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

Asimismo, se recuerda que 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). En dicho escenario, al fondo de pensiones es a quien le corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (SL4373-2020).

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.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones, además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por ende, se confirmará el fallo de primer grado.

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 actor 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 (SL2877-2020, radicación No. 78667 y SL4811-2020, radicación No. 68087, entre otros).

3.2.4. Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo

anterior, por cuanto 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.

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 es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Colpensiones y Protección S.A., 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 los resultados 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, se confirmará la imposición de tal condena por parte de la *A quo*.

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 las apelantes Protección S.A. y Colpensiones, y en favor del actor.

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 apelación y consulta, por lo antes expuesto.

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