



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-017-2019-00602-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	María Janette Escobar Gálvez
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Protección S.A. - Colfondos S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>277</b>

## **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 Protección S.A. y Colfondos S.A., contra la sentencia No. 22 del 24 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali. 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 ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administradas por Colfondos S.A. y Protección S.A. En consecuencia, que se condene a Colfondos S.A. a

trasladar a Colpensiones el total del capital acumulado de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los respectivos rendimientos financieros y gastos de administración, además, solicita se actualice la historia laboral de la actora. Como consecuencia de la ineficacia, requiere el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, a cargo de Colpensiones. Además los derechos que procedan en aplicación de las facultades ultra y extra petita, junto con el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Págs. 174 a 194).

## **2. Contestaciones de la demanda.**

### **2.1. Colpensiones.**

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a páginas 214 a 223 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones. Además, se opone a que se reconozca la pensión de vejez e intereses moratorios a cargo de Colpensiones. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO”*, *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

### **2.2. Protección S.A.**

A través de memorial visible a páginas 235 a 251 (Archivo 01 PDF) y subsanación a páginas 3 a 22 (Archivo 09), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la demandante no demuestra ninguna nulidad que invalide la afiliación al RAIS. Recalcó que, en dicho acto, se proporcionó a la actora, de manera verbal, la información completa del Sistema Pensional y las principales características y diferencias de cada régimen. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“PRESCRIPCIÓN”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”*, *“VALIDEZ DEL TRASLADO DE LA ACTORA AL RAIS”*, *“COMPENSACIÓN”*, *“BUENA FE”* y *“INNOMINADA o GENÉRICA”*.

### **2.3. Colfondos S.A.**

En escrito a páginas 2 a 45 (Archivo 10), Colfondos S.A. presentó contestación de la demanda. Se opone a las pretensiones de la parte actora, pues brindó toda la

información completa y oportuna para que tomara una decisión suficientemente informada al momento de efectuar el traslado de régimen. Indicó que no se presentaron vicios en el consentimiento ni se configuraron causales que pudieran generar nulidad. Motivo por el cual, no procede la declaratoria de ineficacia del traslado. Además, manifestó que no tiene derecho a la pensión de vejez que reclama. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN Y EL TRASLADO DE RÉGIMEN”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO”, “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGÍTIMA”*, entre otras.

### **3. Auto de falta de competencia**

Previo a abordar el análisis del asunto, el juez primigenio a través de auto interlocutorio No. 542 proferido en la primera parte de la audiencia del 24 de febrero de 2021 (Min. 15:15 – Archivo 16), declaró la falta de jurisdicción y competencia para resolver la pensión de vejez deprecada, por tratarse de un asunto de la jurisdicción contencioso administrativa, pues la actora ostenta la calidad de empleada pública laborando para la Rama Judicial.

### **3. Decisión de primera instancia.**

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 22 del 24 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. **Segundo**, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Protección S.A. en el año 2000 y posteriormente a la Administradora Colfondos S.A. en el año 2002. **Tercero**, condenó a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones el saldo total de la cuenta de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si lo hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración a cargo de su propio patrimonio. Así mismo, ordenó a Protección S.A., a trasladar con destino a Colpensiones lo generado como gastos de administración por el periodo de vinculación con la entidad ING Pensiones y Cesantías, a cargo de su propio patrimonio. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones a que admita nuevamente a la accionante en el régimen de prima media. **Quinto**, absolvió a Colpensiones de la condena en costas. **Sexto**, Condenó a Protección S.A. y Colfondos S.A. en costas y agencias en derecho. **Séptimo**, Dispuso

la consulta en favor de Colpensiones. **Octavo**, remitió oficio al Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Hacienda y crédito público.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró por parte de las AFP, Colfondos S.A. y Protección S.A., haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del traslado, conforme los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; lo anterior, teniendo en cuenta que el formulario de afiliación no da cuenta de la voluntad informada de la afiliada al momento de efectuar el traslado de régimen. Así, estando ante una afiliación desinformada, se genera como consecuencia, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procedió a declarar la ineficacia del mismo.

#### **4. Las apelaciones.**

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Protección S.A. y Colfondos S.A., formularon recursos de apelación.

##### **4.1. Apelación Protección S.A.**

Manifestó que no es procedente la condena a devolver los gastos de administración, toda vez que la AFP actuó conforme a derecho, administrando los recursos de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado lo que se ha dejado en evidencia teniendo en cuenta los buenos rendimientos de la cuenta de la actora; además, los gastos de administración y los descuentos por comisión están autorizados por la ley. Agregó que, de insistirse en la devolución de dichos emolumentos, se configuraría un enriquecimiento sin causa.

##### **4.2. Apelación Colfondos S.A.**

Indicó que, no resulta conforme a la ley la orden de devolver los gastos de administración a Colpensiones, ya que los mismos se descontaron en su momento con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS y el manejo necesario de la cuenta de cada afiliado, que como resultado han generado buenos rendimientos en favor de la actora.

#### **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.**

Expresó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, toda vez que, teniendo en cuenta los lineamientos de las Altas Cortes y la ley laboral, los fondos demandados no cumplieron el deber de información, al omitir brindar una asesoría clara, completa, transparente y acertada al momento de la afiliación.

### **5.1.2. Colfondos S.A.:**

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la AFP demandada de las condenas impuestas, especialmente, la de devolver la comisión de administración, pues fueron descuentos autorizados por la norma, además, su retorno no se encuentra descrito dentro de los dineros que se deben devolver cuando se produce una nulidad en la afiliación, lo anterior, de conformidad con el artículo 1746 de la Ley 100 de 1993.

### **5.1.3. Colpensiones y Protección S.A.**

Las demás partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de conclusión 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 a 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 Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora? ¿Corresponde a Protección S.A. trasladar los gastos de administración por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

## 2. Respuestas al primer y segundo 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. y 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; 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 las historias laborales de Colpensiones<sup>1</sup> y Colfondos S.A.<sup>2</sup>, así como los formularios de traslado de régimen pensional<sup>3</sup> y el historial de afiliaciones de Asofondos<sup>4</sup> se desprende que el 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 16 de julio de 1990 al 31 de julio de 2000.
- b. Según lo demostrado en el proceso, el 21 de junio de 2000 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP ING Pensiones y Cesantías S.A., hoy fusionada con Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **01 de agosto de 2000**. El 23 de diciembre de 2002 se cambió a Colfondos S.A., efectivo a partir del 1° de enero del 2003, última entidad en la que continúa 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 sobre las ventajas y desventajas para adoptar dicha decisión. Se omitió informarle cuáles eran los beneficios y/o desventajas en el momento en que sus ingresos disminuyeran y/o aumentaran. Finalmente, que no se le ilustró sobre el plan de pensiones, un comparativo de mesadas y la posibilidad de posteriormente regresar al RPM.

2.3.3. Por su parte, la AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. indican que cumplieron con

---

<sup>1</sup> Págs. 1 a 6 – Archivo 03 – PDF.

<sup>2</sup> Págs. 53 a 54 – Archivo 01 – PDF.

<sup>3</sup> Pág. 66 – Archivo 01 y Pág. 66 – Archivo 10 – PDF.

<sup>4</sup> Pág. 252 – Archivo 01 – PDF



el deber de información, puesto que, se le brindó información completa del Sistema Pensional y las principales características y diferencias de cada régimen.

2.3.4. Para la Sala, Colfondos S.A. y Protección S.A. no demostraron que hayan 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). 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 las 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.

No son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación de la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS sin presentar reclamación. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a los fondos privados.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Finalmente, 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 la AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. 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 sostenido 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 tercer problema jurídico.**

3.1 La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, primas y porcentajes destinados al Fondo de garantía de pensión mínima. A Protección S.A., también le compete trasladar los gastos de administración por el período respectivo.

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 otros.

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. y Colfondos S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La orden de devolver los gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a las AFP, se ajusta a derecho. 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 Colfondos S.A. y Protección 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”*.

Corolario, se confirmará el fallo emitido en primer grado que declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de todo el capital de la cuenta de la demandante, incluidos los gastos de administración a cargo de los fondos privados demandados.

#### **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 Colfondos S.A., 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 a las apelantes Protección S.A. y Colfondos S.A., 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 HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública  
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)