



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018-2020-00107-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Fernando Cárdenas Dávila
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	280

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 las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia No 270 emitida el 26 de noviembre de 2020. 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 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 valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bono pensional, rendimientos causados, sin descuentos erogados por gastos de administración, ni mermas en el capital; así

como lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Archivo 01 – Folios 02 a 08 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 10 a 19 (Archivo 03 - PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Manifestó que no es la entidad competente para declarar la nulidad de la afiliación, pues no está probado ni declarado un vicio en el consentimiento. Que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria. Que no se puede ordenar el traslado de régimen de un afiliado, cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO”*, *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“PRESCRIPCIÓN”*, *“LA INNOMINADA”*, *“BUENA FE”* *“COMPENSACIÓN”* y la *“GENÉRICA”*.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 03 a 42 (Archivo 09 - PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones. Que recibió información sobre los beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Formuló como excepciones de fondo las de: *“VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN”*, *“VALIDEZ DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS REALIZADO POR EL DEMANDANTE”*, *“BUENA FE”*, *“INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO”*, *“PRESCRIPCIÓN”*, *“CARENCIA DE ACCIÓN E INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA TRASLADARSE DE RÉGIMEN”*, *“ INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA”*, *“NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS “*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE”*, *“COMPENSACIÓN”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 270 emitida el 26 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante en Protección S.A. **Tercero**, Condenar a Protección S.A. que traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido el actor con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado del señor Fernando Cárdenas Dávila sin solución de continuidad ni cargas adicionales; además, de actualizar la historia laboral. **Quinto**, Condenó en costas a Protección S.A y a Colpensiones a favor del demandante. **Sexto**, ordenar surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado. Que debe darse a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. Que con el solo formulario no se demuestra la diligencia y cuidado. Que brilla por su ausencia la acreditación del deber de información. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica que los estados jurídicos no prescriben.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Protección S.A. formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta su oposición frente a la condena emitida por el pago de las costas. Se fundamenta en que Colpensiones no participó del acto que se está declarando nulo y/o ineficaz. Dice que la decisión fue producto de una conducta desplegada por un tercero ajeno a dicha entidad. Indica que respondió de forma oportuna al demandante la negativa de traslado, como quiera que fue presentada por fuera del término legal. Además, ratificó su voluntad de trasladarse al RAIS con el formulario de afiliación. Finalmente, señala que no es la competente para declarar la nulidad o ineficacia entre

un régimen, si bien es llamada para recibir los dineros, no es la responsable del acto. Por tanto, las costas se deben interponer únicamente al fondo de pensiones del RAIS.

4.2. Apelación Protección S.A.

4.2.2. Solicita se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Se fundamenta en que son comisiones ya causadas y de las cuales se descuentan un porcentaje para dichos gastos y el seguro previsional a la compañía de seguros. Además, se encuentran autorizados de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y se generan como contraprestación a una buena gestión frente a la administración de los recursos.

4.2.2., Dice que la consecuencia de la ineficacia o nulidad, es que las cosas vuelvan al estado anterior. Por tal motivo, Protección S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, y los rendimientos que produjo, no se generaron; como tampoco se debió cobrar la ya mencionada comisión por administración. Que conforme al artículo 1746 del Código Civil, debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras que hicieron crecer el patrimonio del afiliado.

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 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. La Parte demandante y Colpensiones:

Guardaron silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

5.1.2. Protección S.A.:

Replicó argumentos similares a los señalados en la contestación de la demanda y en el recurso de alzada. Señala que los gastos de administración tienen destinación legal.

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

Que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, el contrato de afiliación nunca existió y por ende, no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y los rendimientos no se causaron. En consecuencia, aduce que no es procedente la devolución de dichos dineros al tratarse de comisiones ya causadas.

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?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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?

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. Asimismo, la declaratoria de ineficacia 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 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 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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la información suministrada por Colpensiones², Protección S.A.³, de la certificación de Asofondos⁴, del formulario de traslado al RAIS⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶; que el demandante 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, desde 21 de

² Flios 10 a 14 Archivo 01 PDF, Exp. Activo 02 y 04 PDF y Flios 20 a 27 Archivo 03 PDF

³ Fls. 22 a 37 Archivo 01 PDF y 49 a 64 y 68 a 82 Archivo 09 PDF

⁴ Fls 121 a 124 Archivo 01 PDF 83 a 84 Archivo 09 PDF

⁵ FI 15 Archivo 01 PDF y FI 43 y 47 Archivo 09 PDF

⁶ Flios 65 a 67 Archivo 09 PDF

mayo de 1985 al 31 de marzo de 1997.

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 6 de marzo de 1997, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de mayo de 1997**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió la suficiente información al momento del traslado. Los asesores le manifestaron que recibiría mayores beneficios en el RAIS de las que tenía en el extinto ISS, y que el monto de la pensión sería más alto. Aduce que no se le realizó una proyección; así como no le fue explicado los beneficios y consecuencias que implicarían el cambio de régimen.

Por su parte, la AFP Protección S.A. dio respuesta al introductorio indicando que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones. Que recibió información sobre los beneficios y limitaciones de los dos regímenes (folios 03 a 42 Archivo 09 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Protección S.A. 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, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en los 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 accionante.

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 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 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 la AFP Protección S.A. suministró al actor 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 conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, gastos de administración y bonos pensionales, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima.

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).

La decisión de la *A quo* de ordenar al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a la misma, 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 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**”. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.*

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.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, 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 las resultas 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *A quo* a Colpensiones.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, y a Protección S.A., en favor del actor.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala 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, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Protección S.A., 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 el Distrito Judicial de Cali-Vice

FABIO HERNAN 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)