



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)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009- 2020-00366-01
Juzgado de primera instancia:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Eduardo Chaves Cortés
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Skandia S.A. - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Llamada en garantía	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	274

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., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 091 del 23 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Noveno 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 el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, administrados por Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y a OLD Mutual, hoy Skandia S.A. En consecuencia, se ordene a Colpensiones activar la afiliación del RPM del señor Eduardo Chavez Cortés y se condene a los fondos privados demandados a devolver a Colpensiones todos los dineros y rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otra erogación. Además, solicita la aplicación de las facultades ultra y extra petita del juez laboral, y requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 - Págs. 1 a 17 y subsanación – Archivo 07 – Págs. 1 a 19).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a páginas 2 a 17 (Archivo 14 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que en los traslados de régimen del accionante no se incumplió el deber de información por parte de los fondos privados demandados, pues al actor se le asesoró en debida forma las ventajas y desventajas del cambio de régimen. Señaló que el demandante tiene más de 62 años, motivo por el cual no es posible acceder a traslado de régimen, tampoco le asiste a Colpensiones la obligación jurídica de trasladar al actor del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de fondo de: “PRESCRIPCIÓN”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS*”, “*FALTA DE TITULO Y CAUSA*”, “*SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 2 a 30 (Archivo 21 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el demandante no demuestra nulidad alguna que invalide la afiliación al RAIS. Que en gracia de discusión solo podría operar una nulidad relativa, y el acto viciado de nulidad relativa es susceptible de ratificación. Recalcó que, en dicho acto, se proporcionó al actor la información completa del Sistema Pensional y las principales características y diferencias de cada régimen. Formuló como excepciones

de mérito, las de: *“PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “COMPENSACIÓN” Y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”*.

2.3. Protección S.A.

A través de su apoderado, dio contestación mediante escrito visible a páginas 2 a 39 (Archivo 22 PDF). Se opone indicando que su representada entregó información objetiva al demandante sobre RAIS y su comparativa con el RPM. Señaló que los traslados, al ser libres y voluntarios por parte del demandante, gozan de validez; que los cambios de regímenes del accionante del RPM al RAIS administrado por Protección y posteriormente a Skandia, lo único que demuestran es la real voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de: *“VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA”*, entre otros.

2.4. Skandia S.A.

En su contestación de la demanda, visible a páginas 3 a 21 (Archivo 25 PDF), manifestó que no hay razones para decretar la nulidad o ineficacia del traslado, puesto que la decisión del actor fue de manera consciente y espontánea. Señaló que la omisión al deber de información no es por sí sola suficiente para declarar la ineficacia del acto de traslado. Que el actor contó con oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Propuso como excepciones de fondo las de: *“PRESCRIPCIÓN”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD” y “COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

2.5. Colfondos S.A.

En escrito a páginas 6 a 22 (Archivo 29 PDF), se opone a las pretensiones del introductorio. Refirió que el accionante fue debidamente informado; que no hubo indebida asesoría para afiliarse a Colfondos S.A.; y que el actor no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones de fondo las de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “BUENA FE”, “INNOMINADA O GENÉRICA”, “AUSENCIA DE VICIOS DE CONSENTIMIENTO”, “VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD”, “RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE*

PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO” y la de “COMPENSACIÓN Y PAGO”.

2.6. Mapfre Colombia

En contestación de la demanda visible a páginas 2 a 24 (Archivo 34 PDF), se opuso a las pretensiones manifestando que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento del accionante; por lo cual, no puede interpretarse como desconocimiento o falta al deber de información, pues el actor se trasladó de Colpensiones a Protección, luego a Skandia, y, finalmente, a Colfondos. Frente a la pretensión de llamamiento en garantía, se opuso al considerar que la relación que existió entre Skandia y Mapfre fue la de expedición de contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, por tanto, nada tiene que ver en relación a la pretensión de la demanda de la declaratoria de nulidad o ineficacia del acto de traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo frente a la demanda: *“LAS PLANTEADAS POR LA ENTIDAD QUE FORMULÓ EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA”* y la de *“INEXISTENCIA DE VICIOS QUE NULITEN O SUSTENTEN UNA DECLARATORIA DE INEFICACIA RESPECTO DEL TRASLADO DE ACTOR AL FONDO DE PENSIONES ADMINISTRADO POR SKANDIA”*. Como excepciones frente al llamamiento en garantía propuso: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA”*, *“INEXISTENCIA DE COBERTURA”*, *“EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA SE TORNA IMPROCEDENTE AL CONTRARIAR EL PRINCIPIO DE ASUNCIÓN DE RIESGOS VS EL OBJETO DEL LITIGIO, ESTANDO LA PRIMA DEVENGADA EN LOS CONTRATOS QUE EXISTIERON”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA O DE CUALQUIER OTRA ÍNDOLE A CARGO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.”* y la *“GENÉRICA O INNOMINADA”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 091 del 23 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del señor Eduardo Chaves Cortés, del RPM, gestionado hoy por la Colpensiones, al RAIS, administrado inicialmente por la Protección S.A., posteriormente, por Skandia S.A., luego por Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., después, nuevamente por Skandia S.A., y, finalmente, por Colfondos S.A. **Tercero**, Como

consecuencia de lo anterior, se admita al demandante en el RAIS gestionado por Colpensiones, conservando el régimen al cual tenía derecho, una vez Colfondos S.A. realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros sin la aplicación de las cuotas de administración. **Cuarto**, ordenar a la Protección S.A., a Skandia S.A., y a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el valor de las cuotas de administración, descontadas con motivo de la afiliación del accionante. **Quinto**, ordenar a Colpensiones para que cargue a la historia laboral del actor, los aportes realizados a Colfondos S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros, sin la aplicación de las cuotas de administración, así como las cuotas de administración que deben trasladar Protección S.A., Skandia S.A., y Porvenir S.A. **Sexto**, absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. **Séptimo**, condenar en costas a cargo de Colpensiones y Colfondos. **Octavo**, ordenar la consulta en favor de Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, si bien la parte demandante no demostró algún vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo, no se encuentra evidencia de que los asesores de Protección S.A., Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), Skandia S.A. y Colfondos S.A. explicaran al accionante las consecuencias negativas y positivas del cambio de régimen al momento en que se concretara su derecho pensional. Además de omitir el deber de información, la falta de diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada. Frente al llamado en garantía a Mapfre, indicó la a quo que no es relevante para el despacho, por cuanto no tiene la calidad de administradora de fondo de pensiones. Por lo anterior, concluyó que es viable declarar la ineficacia de traslado de régimen de pensión.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de las entidades demandadas, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

Presentó recurso de apelación contra el numeral 4º de la providencia, en cuanto a la condena por los gastos de administración consagrados es el artículo 20 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 que establece el 3% de los aportes deben dirigirse con destino a pagar gastos de administración, con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS, pues son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro

individual de cada afiliado y se traducen en los rendimientos generados en cada cuenta. Asimismo, no es procedente la devolución por cuanto se trata de comisiones ya causadas. Agregó que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, Protección debería devolver las cuotas de gastos de administración una vez el actor devuelva los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual, de otro modo, sería ir en contra de la teoría de los efectos retroactivos de la ineficacia.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Manifestó que su recurso de apelación es dirigido contra los numerales 1º, 2º y 4º, argumentando que no es viable ordenar traslado de régimen pensional del demandante, debido a que las AFP cumplieron con el deber de asesoría establecida en la norma; que la acción está afectada por prescripción, teniendo en cuenta la fecha de traslado de régimen y fecha de presentación de la demanda, además, la acción no versa sobre el reconocimiento de pensión, sino el interés del accionante de trasladarse de régimen pensional. En cuanto a los gastos de administración, expresó que, la condena de trasladar dicho concepto, implica un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado y Colpensiones.

4.3. Apelación Skandia S.A.

Presentó recurso de apelación aduciendo que el demandante incurrió en serie de actos de relacionamiento que dan cuenta del conocimiento acerca de las características de los regímenes pensionales y no se puede excusar en el desconocimiento de la ley para obtener algún beneficio, como en este caso el de ineficacia o nulidad de la afiliación. Asimismo, arguyó que el demandante conocía las características del régimen de ahorro individual y tuvo acceso a proyección pensional, aun así, decidió libremente continuar vinculado al RAIS.

Finalmente, manifestó que dado el caso de que en segunda instancia se confirme la sentencia de primera instancia, solicitó se revoque lo concerniente a la condena de devolver los gastos de administración, cuota que igualmente hubiera sido descontada en el régimen de prima media.

4.4. Apelación Colpensiones

Indicó que el demandante ya cumplió con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, además, efectuó varios traslados entre fondos del RAIS. Así, el actor debe demostrar la pérdida del tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima causada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, puesto que no demostró vicios en el consentimiento o asalto de la buena fe. Señaló que, para el momento de la afiliación, era imposible predecir los ingresos bases de liquidación sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real, pues los ingresos económicos podían variar frente a los reportados a esa fecha. En consecuencia, el actor se encuentra vinculado al RAIS por voluntad propia, como lo demuestra su firma en los formularios de afiliación a las AFP y su permanencia en dicho régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna respecto a la administración de sus cotizaciones.

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. Colpensiones:

Se ratifica en lo dicho en instancias anteriores, manifestó que a la fecha el demandante cuenta con 64 años, razón por la cual se encuentra en la prohibición expresa de no poder trasladarse de régimen de pensión por cumplir el requisito de edad.

Indicó que el demandante no demostró vicios en el consentimiento como se argumentó en la demanda, además, que para el momento de la afiliación era imposible hacer tasación del ingreso base de liquidación futuro y así calcular una futura mesada pensional. Además, arguye que el demandante ha estado afiliado al RAIS por 20 años, tiempo en el cual no ha mostrado inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones.

5.1.2. Skandia S.A.:

En sus alegatos declaró que cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido para la fecha, que en la afiliación actuaron de buena fe y el traslado a Skandia se dio entre administradoras de fondos de pensiones de un mismo régimen pensional. Sostiene que no era aceptable la exigencia de la A quo de haber documentado la información brindada por la AFP en el momento de la afiliación.

Por otra parte, expone que, si el demandante hubiera permanecido afiliado al régimen de prima media, sus aportes estarían en una bolsa común y por ende no existirían rendimientos, ahora se pretende pasarle esos excedentes, así como los gastos de administración; no obstante, ello no se corresponde a las normas legales que gobiernan restituciones mutuas en casos de nulidad de un acto jurídico. Finalmente declara que Skandia no incurrió en ningún tipo de falta y que es injustificada una condena cuando su actuar siempre ha sido ajustado a derecho.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Solicita revocar de manera íntegra la sentencia de primera instancia, para ello, expone que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 1741 del Código Civil y que de haber otra irregularidad a las ahí previstas se configura una nulidad relativa. En lo que a la ineficacia se refiere, hace mención del Código de Comercio específicamente el artículo 899, norma que dice tampoco aplica en este proceso.

Manifiesta que el formulario de afiliación es documento público que se presume auténtico y que en vigencia del proceso dicho documento no ha sido tachado ni desconocido, por lo que probatoriamente no hay razón para restarle valor ni mucho menos desconocerlo. Adicionalmente, menciona que Porvenir nunca obstruyó el derecho de retracto, que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

5.1.4. Protección S.A.:

Presenta los alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, expone que la comisión de administración es la que cobran las AFP para administrar los recursos que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, que de ella se descuenta un porcentaje que va destinado a cubrir esos gastos de administración y seguro previsional, debidamente autorizados por la ley.

Menciona que esta AFP que ha demostrado administrar los dineros con la mayor diligencia, evidencia de ello, se refleja en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del actor. Finalmente menciona que, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad es volver las cosas al estado en que se encontraban, en el sentido de que la afiliación nunca existió, debe hablarse de restituciones mutuas, esto es intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en ello solicita tener en cuenta como mejora de la AFP como comisión de administración.

5.1.5. Mapfre Colombia S.A.

Sostiene que el contrato de seguro tenía por objeto una obligación a cargo de Mapfre consistente en desembolsar las sumas de dinero necesarias para financiar el capital que se requiera para pagar la pensión de los afiliados, por tanto, el contrato de seguro y el objeto de la *litis* ni siquiera se asemejan. Señala que la póliza de seguro es una relación contractual entre Skandia y Mapfre para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, y la pretensión de devolución de aportes como gastos de administración no constituye el objeto del litigio.

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? ¿Se configuraron actos de relacionamientos por parte del actor?

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 Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. trasladar los gastos de administración por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

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

2. Respuestas al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante será positiva y al segundo negativa. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Protección S.A., Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colfondos 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, las actuaciones del demandante no se pueden entender como actos de relacionamiento de los cuales se pudiera inferir la vocación de permanencia en el RAIS y el suministro de la asesoría necesaria por parte de los fondos en cada uno de los traslados efectuados.

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 y el Decreto 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 Colpensiones¹, Porvenir S.A.², Protección S.A.³, Skandia S.A.⁴ y Colfondos S.A.⁵, de los formularios de traslados de régimen pensional⁶ y del más reciente Historial de Vinculaciones de Asofondos⁷, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, desde el 13 de octubre de 1983 al 30 de abril de 2000.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se tiene que el 1 de febrero de 2000 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de abril de 2000**. Luego, el 21 de febrero de 2002, el demandante se cambió a Skandia S.A., efectivo a partir del 1° de abril del mismo año. Para el 1 de enero de 2003, el demandante se trasladó a Horizonte (hoy Porvenir S.A.), traslado efectivo a partir 1° de marzo de 2003. El 14 de abril de 2014 se trasladó nuevamente a Skandia, con fecha de efectividad el 1° de junio de 2014 y, finalmente, el 26 de agosto de 2015 se trasladó a Colfondos S.A., efectivo a partir de 1° de octubre de 2015, 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, el promotor de la acción no recibió información sobre las ventajas y desventajas para adoptar dicha decisión. No se le indicó sobre el capital que debía tener para gozar de una pensión digna. Se omitió informarle cuáles eran los beneficios y/o desventajas en el

¹ Págs. 39 a 41 – Archivo 14 – PDF.

² Págs. 81 a 82 – Archivo 21 – PDF.

³ Págs. 45 a 46 – Archivo 22 – PDF.

⁴ Págs. 31 – 34 – Archivo 25 – PDF.

⁵ Págs. 23 a 28 – Archivo 29 – PDF.

⁶ Págs. 4, 5, 9, 27 a 28 – Archivo 04 – PDF.

⁷ Pag. 30 – Archivo 29 – PDF.

momento en que sus ingresos disminuyeran y/o aumentarían. Finalmente, no se le ilustró sobre el plan de pensiones, un comparativo de mesadas y la posibilidad de posteriormente regresar al RPM.

2.3.3. Para la Sala, las administradoras demandadas no demostraron que hayan 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 de este (SL4811-2020).

A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos 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 debían 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 afiliado el accionante.

Ahora bien, el apelante por parte de Skandia S.A. manifestó que las actuaciones y los traslados horizontales efectuados por el accionante representan actos de relacionamiento, los cuales, permiten inferir la voluntad del afiliado de continuar en el RAIS y colegir que tenía vocación de permanencia en dicho régimen. Sin embargo, ese argumento no es aceptable para esta Sala, pues, como lo ha sostenido la CJS en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, 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.

Asimismo, en sentencias SL2753-2021 y SL1061-2021, se señala por las Salas de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte, que los actos de relacionamiento son mecanismos o elementos que permiten concluir que un afiliado contaba con la plena convicción de su elección pensional, que *pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros*. Sin embargo, allí mismo se advierte

que dicho argumento no constituye un cambio de jurisprudencia o una modificación al criterio de las Altas Cortes, tampoco una exoneración del deber de información y la carga probatoria en cabeza de los fondos de pensiones, ya que cada caso depende del ejercicio probatorio de las partes dentro del proceso, en el que se pueda determinar si el afiliado tenía el suficiente conocimiento sobre uno y otro régimen que le permitiera discernir sobre la conveniencia de uno u otro, para adoptar la decisión de continuar en el régimen en el que se encuentra.

Pues bien, en el presente caso no se evidencia dichas circunstancias, como lo supone la parte apelante. Del material probatorio no se llega a determinar que el accionante tuvo el suficiente conocimiento e información sobre las implicaciones de uno u otro régimen, que conlleve a concluir que su decisión de continuar en el Régimen de Ahorro Individual se debía a que consideró que su traslado se constituía en la mejor opción para sus intereses. Obsérvese que en el interrogatorio de parte expresó que se trasladó porque cada uno de los fondos privados le informó en su momento que rentaba más que los demás, es decir, cada uno aseguró ofrecer la opción más rentable a los intereses del actor (Min. 37:00). Más adelante, manifestó que no revisaba sus extractos debido a que confiaba en que iba a tener buenos beneficios, no obstante, no le explicaron la diferencia entre regímenes. (Min. 39:12). Finalmente, declaró que Colfondos S.A. efectuó una simulación en 2007 y le ofreció una mejor alternativa en materia de pensiones (Min. 44:45).

Por otro lado, no son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación del 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.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado por parte de las AFP demandadas que se suministró al actor 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 porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima. A Porvenir

S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. también les 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 Colfondos S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir 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 decisión de la *A quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a las mismas, 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”.

4. Respuesta al cuarto 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 despachan de manera desfavorable los argumentos de los apoderados judiciales de las entidades apelantes y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todo la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades apelantes Colpensiones, Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A., 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
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale

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)