



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018-2021-00047-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Néstor Eduardo Llano Torres
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	304

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 128 emitida el 4 de mayo 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 nulidad y/o ineficacia 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 todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos causados, sin deducción alguna. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Pág. 05 a 24 –01Expediente - PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

Las entidades demandadas, mediante escrito visible en las páginas 08 a 17 (archivo 05 – Contestación Colpensiones) y páginas 38 a 55 (archivo 10 – Contestación Protección), contestaron la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 128 emitida el 04 de mayo de 2021. 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, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado del señor Néstor Eduardo Llanos Torres 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, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los

inconvenientes que se llegaren a suscitar. Agregó que, con el solo formulario no se demuestra la diligencia y cuidado, concluyendo de esta manera que debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó 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. Expresó que la decisión fue producto de una conducta desplegada por un tercero ajeno a dicha entidad y que respondió de forma oportuna al demandante la negativa de traslado, como quiera que fue presentada por fuera del término legal y ratificó su voluntad de trasladarse al RAIS con el formulario de afiliación donde de forma expresa comunica su voluntad de traslado al fondo privado. 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, solicita revocar la sentencia y absolver a Colpensiones de las costas y agencias en derecho impuestas.

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, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, y se generan como contraprestación a una buena gestión frente a la administración de los recursos.

Manifestó 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 causaron; como tampoco se debió cobrar la ya mencionada comisión por administración. Que la devolución de estos dineros estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor del

actor pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de la entidad sin pagar algún tipo de concepto por la gestión realizada por Protección S.A. realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución y la ley.

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:

Expresó que el fondo privado no cumplió con su deber de información, por ende, resulta viable declarar la ineficacia del traslado y ordenar su retorno al RPM.

5.1.2. Colpensiones:

A través de su apoderada manifestó que se sostiene en sus argumentos de hecho y de derecho que sirvieron de sustento para la contestación de la demanda y en lo que se haya probado dentro del proceso.

5.1.3. Protección S.A.

Guardó silencio, pues no presentó escrito dentro del término conferido para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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".

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, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, porcentaje al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios y primas de seguro y reaseguro?

1.3. ¿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.

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 10 de septiembre de 1986 al 31 de diciembre de 1996.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 1 de noviembre de 1996, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena, después a ING y finalmente a Protección S.A., Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de enero 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, actor no recibió un estudio pensional al momento del traslado como tampoco asesoría conforme al perfil que representaba teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación. Aduce que no hubo asesoría pensional al momento del traslado, pues claramente no existió ninguna asesoría en el caso en estudio, sin embargo y en aras de demostrar la ausencia de asesoría pensional, la AFP debió informarle al actor, las alternativas que

² Fls 1 a 5 Exp. Activo – Archivo 06

³ Fls. 40 a 55 Archivo 01 PDF

⁴ Fls 04 a 07 Archivo 07 PDF

⁵ Fl 2 Archivo 10 PDF

⁶ Fls 34 a 35 Archivo 10 PDF

tenía para aumentar el valor de su mesada y que no fuera irrisoria, situación que tampoco hizo.

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 de este (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 solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

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 demandante 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, los gastos de administración, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, porcentaje al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios y primas de seguro y reaseguro.

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 **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.

5. 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
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Voto
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)