



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-006- 2020-00023-01
Juzgado de origen:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Rosa Hermelinda Cardona Tamayo
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	328

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 87 emitida el 10 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 la 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 el regreso automático a Colpensiones. Finalmente,

requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 03 a 10 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 02 a 08 Archivo 06 PDF y 02 a 19– Archivo 07 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 87 emitida el 10 de mayo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante en Protección S.A. **Segundo**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado de la afiliada sin solución de continuidad, ni cargas adicionales. **Tercero**, ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades, tales como, bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada. **Cuarto**, absolver a la demandada de las demás pretensiones. **Quinto**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Sexto**, ordenar surtir el grado jurisdiccional de consulta **Séptimo**, Condenó en costas a Protección S.A a favor de la demandante.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y del Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, la AFP es quien tiene la carga de demostrar que suministró una debida asesoría. Debió informar las ventajas, desventajas, características y consecuencias jurídicas; situación que se hace previo al traslado de la afiliación, como durante el desarrollo de la misma. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica que los asuntos de nulidad hacen parte de una pretensión declarativa, y los derechos que emanan de ella, son irrenunciables.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que conforme al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación es libre y voluntaria. Que en cabeza de la parte demandante se encuentra la potestad de escoger de régimen pensional, por lo que el traslado tiene plena validez. Que la actora cuenta con 58 años, por ende, cumple con uno los requisitos para acceder a una pensión. Por tal motivo, no se puede hacer cargo de esta prestación, pues desde 1999 no recibe cotización al sistema. De esta manera, indica que no hay lugar al traslado dado que no se realizó dentro del término de 10 años.

4.2. Apelación Protección S.A.

4.2.1. Manifiesta su inconformidad respecto al numeral tercero de la sentencia frente a los gastos de administración. Señala que ha actuado conforme a la Constitución y la Ley, y que estos aportes son de consagración legal. Dice que están facultados para cobrarlos por manejar los aportes de sus afiliados. Que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, el contrato nunca existió, y Protección S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual. Los rendimientos no se causaron ni se debió cobrar una comisión. Que aunque los actos se declararon ineficaces, la afiliación supera más de los 20 años. La rentabilidad que se generó fue por la óptima gestión de dicha entidad. De esta manera, debe aplicarse los principios constitucionales de equidad y justicia.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Mediante providencia de fecha 27 de septiembre de 2021, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹.

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".

5.2. Colpensiones, la parte demandante y Protección S.A.

Colpensiones se pronunció mediante escritos visibles a folios 03 a 04 Archivo 05 PDF, 03 a 10 Archivo 06 PDF, respectivamente (cuaderno Tribunal). **Protección S.A. y la parte actora**, no se pronunciaron dentro del término legal.

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 de la 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?

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

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 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 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, de los formularios de traslado al RAIS⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶; que la demandante 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, desde 22 de agosto de 1984 al 30 de abril de 1999.

² Flios 22 a 27 Archivo 01 PDF

³ Fls. 12 a 21 Archivo 01 PDF y 21 a 39 Archivo 07 PDF

⁴ Fls 45 Archivo 01 PDF

⁵ Fl 47 Archivo 07 PDF

⁶ Flios 40 a 45 Archivo 07 PDF

- a. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 01 de abril de 1999 la accionante se trasladó a la AFP Colmena con efectividad el 01 de junio de 1999, hasta el 31 de marzo de 2000. En virtud de una cesión, se trasladó a la AFP ING fondo de pensiones y cesantías. Dicha afiliación se hizo efectiva el 01 de abril de 2000, hasta el 30 de diciembre de 2012. Posteriormente, y por una cesión, la mencionada entidad se transformó en Protección S.A. De esta manera, se trasladó a la actora a dicha entidad, con fecha de efectividad del **31 de diciembre de 2012**, 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, a la demandante le ofrecieron “*maravillosas ventajas*”, tales como, que se iba a pensionar anticipadamente, la rentabilidad de los aportes sería superior. Dice que no se le entregó los cálculos y proyecciones donde se evidenciara las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

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 02 a 19– Archivo 07 PDF).

2.3.3 Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, 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 la administradora a la que ha estado afiliado la accionante.

Luego, tampoco es de recibo los reproches concernientes a que la afiliación de la demandante se mantuvo por varios años en el RAIS y que el traslado no se puede realizar cuando faltará 10 años o menos para cumplir la edad de pensión. Dichas

circunstancias *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Por tanto, se despacha de manera desfavorable los argumentos de las recurrentes Colpensiones y Protección S.A.

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 a la actora 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, bonos pensionales y rendimientos financieros. Asimismo, los gastos de administración, como lo ordenó la juez de primer grado.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

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 la 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. 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 Protección S.A., en favor de la actora.

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.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Protección 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 el judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento de voto parcial)


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