



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

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

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-019-2021-00144-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Diecinueve Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Blanca Inés Martínez Peláez
<b>Demandadas:</b>	- Colpensiones - Protección S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>325</b>

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Protección S.A., contra la sentencia No. 033 emitida el 17 de junio 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, se ordene su retorno al RPM administrado por Colpensiones. Asimismo, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado debidamente indexados. Además del porcentaje de gastos de administración. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo *ultra y extra petita*, como las costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 12 – Archivo 06 – PDF).

## 2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas: Colpensiones (Archivo 21) y Protección S.A. (Archivo 18), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de economía procesal no se estima necesario reproducir (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 033 emitida el 17 de junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado por la actora. **Tercero**, condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere, y los gastos de administración con cargo al patrimonio propio de Protección S.A. y por el tiempo que permaneció afiliada con el RAIS. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones recibir la afiliación al RPM de la demandante, con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. **Quinto**, absolvió a Colpensiones de la condena en costas. **Sexto**, condenó en costas a Protección S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado de la demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que Protección S.A. no cumplió frente a la accionante, con la carga probatoria de demostrar su deber de información de manera completa de cada régimen pensional.

#### **4. La apelación**

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Protección S.A., formuló recurso de apelación.

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

Manifestó su inconformidad frente a la condena por **gastos de administración** con cargo a su propio patrimonio y por las **costas procesales**. Frente al primer concepto, señaló que de cada aporte realizado por la actora al Sistema Pensional en el 16%, un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguro. Dicho descuento se encuentra autorizado por la ley. En el período en que la accionante estuvo afiliada a esa AFP, se administró los recursos de su cuenta individual generándole buenos rendimientos en su favor. Por ende, no es procedente ordenar su devolución por cuanto que ya se encuentran causados y autorizados por la norma como una contraprestación frente a una buena gestión de administración. Agregó que el 26 de diciembre de 2002 realizó a la accionante una reasesoría pensional, con lo cual ratificó su voluntad de continuar en el RAIS. Finalmente, adujo que ese fondo privado siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley, por lo cual no es viable la condena en costas.

#### **5. Trámite de segunda instancia**

##### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

###### **5.1.1. Parte demandante:**

Dentro del término legal, la parte actora se pronunció mediante escrito visible a folios 01 a 03 Archivo 07 PDF- Cuaderno Tribunal.

###### **5.1.2. Colpensiones:**

Dentro del término legal, Colpensiones a través de memorial obrante a folios 07 Archivo 05 PDF- Cuaderno Tribunal.

**5.1.3.** Protección S.A. guardó silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

### **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 que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, se traslade a Colpensiones, los rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración?

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 Protección S.A.?

#### **2. Respuesta al primer interrogante.**

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP 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. Dicha decisión 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 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 el fondo el que está obligado a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

### 2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones<sup>1</sup> y Protección S.A.<sup>2</sup>, el formulario de traslado de régimen pensional<sup>3</sup> y el historial de vinculaciones de Asofondos<sup>4</sup>, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 16 de agosto de 1979 al mes de febrero de 2000.
- b. Según el formulario de vinculación, el 17 de enero de 2000 la accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de marzo del mismo año, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, el fondo privado omitió informarle a la demandante de manera clara y por escrito, todas y cada una de las diferencias de ambos regímenes pensionales. Tampoco se le ilustró del derecho a retractarse de la afiliación al RAIS. Agregó que no se informó de manera completa y comprensible las modalidades en el Régimen de Ahorro Individual y las diferencias que obtendría respecto del RPM (Archivo 06 – PDF).

2.3.3. Por su parte, la AFP Protección S.A., esgrimió que la actora recibió una asesoría con total profesionalismo y ética. Alude que todos los asesores sin excepción, contaban con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo. La demandante fue lo suficientemente ilustrada para que tomara su decisión de afiliarse y de permanecer en el RAIS de manera consciente. Recalcó que la actora ejerció de manera libre y voluntaria su derecho de afiliarse atendiendo la normatividad legal vigente (Archivo 18 – PDF).

---

<sup>1</sup> Archivo 13 – PDF – Páginas 6 a 10.

<sup>2</sup> Archivo 15 – PDF – Páginas 3 a 15 y archivo 02, págs. 2 a 15.

<sup>3</sup> Archivo 15 – PDF – Página 1.

<sup>4</sup> Archivo 15 – PDF – Página 36.

2.3.4. Para la Sala, la mentada AFP convocada al litigio, 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas al plenario, solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado la accionante.

A pesar de que allegó por ese fondo privado, el formulario de “*REASESORIA PENSIONAL*” adiado el 26 de diciembre de 2002 (Pág. 18 – Archivo 15 – PDF), lo cierto es que tal documental no corresponde al período en que la actora se trasladó al RAIS, esto es en el mes de enero del año 2000. Tampoco se encuentra suscrito por la aquí demandante. Por ende, las mentadas falencias no subsanan y, menos aún, convalidan el deber de información que le correspondía a la mentada AFP en el momento del traslado del RPM al RAIS. Nótese además, que de esa documental no se extrae *per se* el suministro de información completa, veraz y comprensible a cargo de Protección S.A.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en providencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475, señaló:

*“En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba”.*



Asimismo, el supuesto de que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021).

Por otra parte, conviene señalar que, las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

Por último, 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 el fondo privado 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 se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

### **3. Respuesta al segundo problema jurídico.**

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones, además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración. Por ende, se confirmará el fallo 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.

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 al fondo privado, 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).

3.2.3. Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020,

radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno

#### **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. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

#### **5. Respuesta al cuarto problema jurídico**

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Protección S.A., 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 los resultados 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. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015). Por ende, se confirmará la imposición de tal condena por parte del *A quo*.

#### **6. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de la apelante Protección S.A. y en favor de la actora.

### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República 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 la apelante 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 sistema judicial  
Cali-Vale  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

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

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