



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diez (10) de diciembre dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-008- 2021-00270-01
Juzgado de origen:	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Jorge Humberto Salazar Restrepo
Demandados:	- Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	351

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 Colpensiones, Protección S.A. y la parte demandante, contra la sentencia emitida el 06 de agosto 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 que el acto de voluntad del actor al trasladarse de régimen, estuvo mediado por error y se encuentra viciado de nulidad, pues Protección S.A. no informó de forma completa y comprensible

las modalidades de pensión en el RAIS y las diferencias entre regímenes. En consecuencia, se declare que la afiliación del demandante en Colpensiones aún se encuentra vigente, se ordene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, esto es, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, incluidos los rendimientos, gastos de administración y porcentaje al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho y la aplicación Ultra y Extra Petita. (Archivo 05 PDF – Fls. 01 a 17).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 2 a 13 – archivo 09 del expediente digital, dio contestación a la demanda, la cual, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Art. 279 y 280 C.G.P.)

2.2. Protección S.A.

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 2 a 23 – archivo 10 del expediente digital, dio contestación a la demanda, la cual, 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 en audiencia del 6 de agosto de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, a través del fondo Protección S.A. y en consecuencia, le ordenó devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. **Tercero**, condenó en costas a la AFP Protección S.A. por haber

sido vencida en el juicio. **Cuarto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 18 PDF – Fls. 02 a 04).

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, por parte de la AFP, no cumplió con la carga que le incumbe teniendo la posibilidad de demostrar dentro del proceso que al momento en que se ofreció al actor la posibilidad de cambio de régimen suministro información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería no solo al momento mismo de la afiliación sino a futuro. Que se omitió información de la cual el demandante pudo haber conocido todas las aristas de su determinación y que por tanto la voluntad fue libre y espontánea. En cuanto a la prescripción, señaló que en materia de derechos derivados de prestaciones periódicas, lo que incluye la afiliación a diferentes regímenes, que de acuerdo a la jurisprudencia, no es posible aplicar la prescripción excepto para mesadas pensionales en aplicación del artículo 48 constitucional.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de la parte actora formuló recurso de apelación, en igual sentido lo hicieron los apoderados judiciales de las entidades demandadas.

4.1. Apelación parte demandante.

Expresó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso la parte vencida en juicio debe ser condenada en costas, en ese sentido solicitó sea condenada Colpensiones a costas procesales.

4.2. Protección S.A.

Solicitó se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Se fundamenta en que dichos emolumentos son comisiones que ya están causadas y se descuentan un porcentaje para dichos gastos. Que de acuerdo con el artículo 1746 del código Civil, se entendería que, a consecuencia de esta ineficacia o nulidad, las cosas volvieron al estado anterior. Por tal motivo, Protección S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y los rendimientos que produjo, no se

generaron. Agregó que de aplicarse en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver dichos rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta la comisión por administración al afiliado.

4.3. Colpensiones

Manifestó que, a la fecha, el actor cuenta con más de 52 años de edad y en la época del traslado al RAIS, éste contaba con pleno derecho para realizarlo, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley por parte de su representada y la afiliación tiene plena validez. Argumentó que no procede la declaración de ineficacia, en el sentido de que según el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho a pensión de vejez, lo cual indica que para la fecha de solicitud de traslado, Colpensiones estaba en toda la facultad de hacerlo, que por el contrario, de haberse negado a aceptar que el demandante se trasladara de régimen, habría incurrido en una violación al derecho a la libre elección que le asistía en ese debido momento. En ese sentido, insistió en que el demandante ya está próximo a adquirir el derecho a la pensión y este ya no podría cambiarse de régimen pensional pues legalmente no le estaría permitido.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 20201, las partes se pronunciaron de la siguiente manera:

Protección S.A. y Colpensiones

Presentaron alegatos mediante escritos visibles a folios 3 a 11, archivo 05, PDF y folios 3 a 8, archivo 06 (cuaderno Tribunal), respectivamente. La parte demandante no se pronunció 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 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, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, debidamente indexados?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **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. Por su parte,

el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995 reguló la entrada en vigencia del S.G.P. de los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital. En su artículo 4°, prevé que ésta implica la aceptación de las condiciones propias de éste y, por ello, debe proceder de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. 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.

Descendiendo al *sub lite*, de la historia laboral de Colpensiones¹ y Protección S.A.² y del formulario de traslado al RAIS³, se desprende que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 30 de noviembre de 1986 al 30 de junio de 1996 (Flio. 352 Archivo 09 – PDF).
- Según el formulario de vinculación o traslado y de la historia laboral de Protección S.A., el 9 de junio de 1996 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de julio de 1996, entidad en la cual actualmente continúa cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el demandante no recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, estuvo mediado de error; y que por ello este se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el de prima media, la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento.

Por su parte, la AFP Protección S.A. recalcó que no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar al demandante, toda la información que este requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, así mismo, que no hay lugar al traslado de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual que posee el demandante (Fls. 189 a 191 y 144 a 170 Archivo 10 PDF). Por su lado, Colpensiones adujo no estar obligada a recibir el traslado del aquí demandante, toda vez que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse el demandante a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003 (Fls. 02 a 13 Archivo 09 PDF).

¹ Fls. 352 a 356 - Archivo 09 - PDF

² Fls. 25 a 42 - Archivo 10 - PDF.

³ Flio 24 - Archivo 10 - PDF

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.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación del actor se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que se encuentra cerca de cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la demandante.

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., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados.

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 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).

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. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de adicionarse al numeral Tercero de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a Colpensiones.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** en costas a Colpensiones y en favor de la parte demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: 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
act. judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vite
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)