



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012-2021-00400-01
Juzgado de origen:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luis Humberto Ardila Rebellón
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Confirma Sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	379

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 apelaciones** formulados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 319 emitida el 14 de octubre 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 de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por Protección. Que

como consecuencia, se ordene el regreso automático al RPM administrado por Colpensiones y que se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante. Asimismo, solicitó el pago de las costas y agencias en derecho y que se falle lo ultra y extra petita. (Archivo 03 – Fls. 1 a 8 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Protección S.A. y Colpensiones

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles en los folios del 2 a 27, archivo 02 y folios del 3 a 11, archivo 11, 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. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 319 emitida el 14 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS administrado por Protección S.A. En consecuencia, se conserva el régimen de Prima Media, administrada por Colpensiones, sin solución de continuidad. **Tercero**, condenar a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores integrales que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, saldos de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante si fuere el caso. **Cuarto**, condenar a Protección a devolver los gastos de administración, por el periodo de afiliación del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio, consultar ante la Sala Laboral del HTS de DJ de Cali. **Quinto**, condenar en costas a las demandadas. **Sexto**, remitir el HTSPC.

Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado del señor Luis Humberto Ardila Rebellón. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

4. Recurso de apelación

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recurso de apelación:

4.1. Colpensiones

Señaló que la entidad no participó del traslado efectuado por el actor, por lo que, condenarla significaría quebrantar el derecho al debido proceso. El demandante no probó las causales para declarar la ineficacia del traslado. Agregó que no es dable invertir la carga de la prueba, pues desconoce las obligaciones paralelas de las partes. Advirtió que la demanda solo busca exonerar al actor de las restricciones de la norma para el retorno al RPM y no demuestra vicios en el consentimiento al momento de efectuar la afiliación al RAIS.

Indicó que las condenas impuestas afectan la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados, pues la providencia crea cargas injustas a la entidad. Agregó que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, solicita al TSC adicione la misma en el sentido de que se determine cada uno de los valores contemplados que la AFP debe devolver, pues no es dable efectuar una condena en abstracto.

Sobre la condena en costas, expresó que se debe absolver a la entidad, ya que no tuvo participación en el traslado del demandante al RAIS.

4.2. Protección S.A.

Solicitó, en resumen, que se revoquen las condenas impuestas a la AFP, argumentando que Protección tiene implementadas capacitaciones a los asesores que consiste en darle a los afiliados la información necesaria para que entendieran las implicaciones del traslado, las ventajas y desventajas de cada régimen, por tanto, la decisión del traslado al RAIS fue libre y voluntaria por parte del demandante. Expresó que, en la época del traslado, los fondos privados tenían la obligación de asesorar al afiliado de forma verbal y no escrita, como se está exigiendo en el presente caso, por ende, Protección actuó conforme a la ley.

Señaló que no existe vicios en el consentimiento, pues los hechos acaecieron hace más de 25 años. Respecto a las condenas de retornar cada uno de los valores descritos en los numerales Tercero y Cuarto de la providencia de primera instancia, advirtió que la entidad no emite bonos pensionales y no se evidencia que el actor haya efectuado aportes voluntarios, por ende, no hay lugar a ordenar su retorno a Colpensiones.

Agregó a cerca de los gastos de administración y seguro previsional, que dichos descuentos se encuentran autorizados por la Superfinanciera y por la Ley 100 de 1993, entre otras normas, por consiguiente, no hay lugar a ordenar la devolución de dichos emolumentos.

Finalmente, sobre las costas y agencias en derecho, advirtió que las mismas resulta excesivas, más cuando la AFP actuó de buena fe.

5. 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. Demandante

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".

Dentro del término presentó escrito de alegatos visible en las páginas del 2 a 4, archivo 08 del Cuaderno Tribunal.

5.2. Colpensiones

Dentro del término presentó escrito de alegatos visible en las páginas del 3 a 9, archivo 07 del Cuaderno Tribunal.

5.3. Protección S.A.

Dentro del término presentó escrito de alegatos visible en las páginas del 3 a 4, archivo 09 del Cuaderno Tribunal.

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. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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

1.5. ¿Es procedente condenar en costas y agencias en derecho a Colpensiones y a Protección S.A.?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva** y al segundo interrogante es **negativa**. 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 probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia 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 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.

Para este caso, de la historia laboral de Protección S.A.², el historial de vinculaciones de Asofondos³, el formulario de vinculación⁴ y de la certificación del bono pensional⁵, 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, en el 01 de mayo de 1976 al 31 de agosto de 1998.
- b. Según el historial de vinculaciones, el 20 de agosto del año 1999, el accionante se trasladó al RAIS a través de Protección S.A., la cual, se hizo efectiva a partir del **1° de octubre** del mismo año, entidad en la que continuó cotizando.

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 del mismo (SL4811-2020). Aunque no se allegó el formulario de traslado suscrito

² Archivo 13 – PDF – Páginas 32 a 47.

³ Archivo 13 – PDF – Páginas 28

⁴ Archivo 13 – PDF – Páginas 31 y 54.

⁵ Archivo 13 – PDF – Páginas 48 a 49.

por el actor, 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 más de 25 años en el RAIS, como tampoco que se encuentra en 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 al demandante.

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 se suministró al señor Luis Humberto Ardila Rebellón la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar las cotizaciones y los rendimientos financieros; además, los saldos de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, aportes voluntarios, asimismo, los gastos de administración, todo tipo de comisiones, primas de seguro previsional y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; por tal razón, se confirmará la sentencia en este sentido.

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).

3.2.3. Ahora, como se vio anteriormente, el 3% destinado para gastos de administración y **primas de seguros previsionales**, así como el porcentaje para **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** debe reintegrarse, dada la ineficacia del acto y a que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

3.2.4. Finalmente, frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que el demandante sea titular del 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 deberá confirmarse en este sentido.

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.

5. Respuesta al quinto 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 y Protección, 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 y Protección.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a los apelantes Colpensiones y Protección S.A., en favor de la parte 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 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 las apelantes Colpensiones y Protección S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vice
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 494 de 2020)