



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-017-2020-00213-01
Juzgado de origen:	Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Eneyda Bernal Santamaría
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	29

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 las apoderadas judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., contra la sentencia No 65 emitida 03 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 ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los

aportes, rendimientos y semanas cotizadas. Finalmente, requiere lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 01 a 32– Archivo 04 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colfondos S.A. y Colpensiones

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 03 a 10– Archivo 09 PDF y 02 a 10 – Archivo 10 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. El *A quo* dictó sentencia No 65 emitida 03 de junio 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 la demandante a Colfondos S.A. **Tercero**, condenar a Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración, este rubro con cargo al patrimonio propio de Colfondos S.A. y por todo el tiempo que permaneció afiliada con esa entidad, **Cuarto**, ordenar que Colpensiones reciba la afiliación al RPM a la demandante junto con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. **Quinto**, absolver en costas a Colpensiones. **Sexto**, condenar en costas a Colfondos S.A. **Séptimo**, remitir expediente a consulta.

3.2. 3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, la AFP no suministró información de manera adecuada y pertinente al accionante al momento de efectuarse el traslado; no explicó los beneficios, las desventajas y las distintas modalidades pensionales. Que el formulario de afiliación no da cuenta de la voluntad informada. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Frente a la

prescripción, señala que como lo pretendido es una ineficacia, la misma resulta imprescriptible.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la pensión de vejez. Que en el evento que hubiera negado dicho traslado al RAIS, estaría incurriendo a una violación al derecho de elección que a ella le asiste. Por lo anterior, solicita sea revocado el fallo proferido.

4.2. Apelación Colfondos S.A.

4.2.1. Señala que la actora se le suministró la información precisa y ajustada a las normas que regulan el RAIS para que escogiera la mejor opción que se adaptara a sus intereses. Dice también que la afiliación se dio de manera verbal y para la época de afiliación, no era obligación dejar una constancia escrita de la asesoría brindada.

4.2.2. Manifiesta que, si la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, por ende, la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS. Por tal motivo, los aportes de los afiliados nunca fueron a una cuenta de ahorro individual administrada por esa entidad, y no había lugar a devolver los rendimientos y gastos de administración. Frente a este último concepto, señala que no ha faltado a ningún deber legal, y están facultados para cobrarlos por mandato legal. Que en caso que se ordene devolver estos rubros se estaría vulnerando sus derechos al devolver con su propio patrimonio tales sumas, generándose un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa. En cuanto a la condena en costas, reitera que ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a 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. Parte demandante, Colpensiones y Colfondos S.A.:

Colpensiones y la parte demandante a folios 01 a 02 Archivo 16-PDF y 01 a 16 Archivo 17-PDF, respectivamente (cuaderno tribunal), presentaron alegatos de conclusión. Colfondos S.A. no se pronunció al respecto.

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 Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, los rendimientos, bonos pensionales, incluya los gastos de administración con cargo al patrimonio propio?

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

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Colfondos S.A.?

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".

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 Colfondos 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 probatoria, 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. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones², Colfondos S.A.³, la certificación de Asofondos⁴ y el formulario de afiliación⁵, se desprende que, la 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, del 27 de junio de 1984 hasta el 31 de julio de 2001.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el 04 de junio de 2001, la accionante se trasladó a Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **01 de agosto de 2001**, 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, la actora no recibió información profesional respecto a la posibilidad de retornar al RPM. Que se trasladó convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional, ni le fue explicado las ventajas, desventajas y proyecciones pensionales comparativas entre los regímenes.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Flios 03 a 10– Archivo 09 PDF).

² Flios 02 a 07 Archivo 03 – PDF y Flios 447 a 452 Archivo 10– PDF .

³ Flios 09 a 14 Archivo 03 – PDF –

⁴ Flios 10 a 11 Archivo 09 – PDF

⁵ Flios 08 Archivo 03 – PDF y Flio 12 Archivo 09 – PDF

2.3.3 Para la Sala, Colfondos 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 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.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene 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 lo tanto, se despachara de manera desfavorable el argumento de Colfondos S.A.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que el demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y

*«teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**».. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.*

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 Colfondos 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 Colfondos 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**. Colfondos S.A., además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, bonos pensionales, y los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

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 Colfondos 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 del *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 tercero 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.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la exoneración de la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colfondos 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 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 adicionarse la condena en costas a cargo de Colfondos S.A.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y Colfondos S.A. y 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, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Colfondos 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

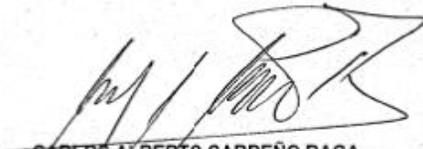
Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vote

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVA VOTO POR LA CONSULTA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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