



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003-2021-00235-01
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Romelia Hurtado Arcila
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	063

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 y Protección S.A., contra la sentencia No. 242 emitida el 05 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 la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por BBVA Horizonte, hoy Porvenir y el traslado efectuado por Protección S.A. En consecuencia, que se ordene a Protección trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, cotizaciones, porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima, primas y seguros

previsionales, bonos pensionales, gastos de administración y saldo de cuentas voluntarias si las hubiere, condenas que deben retornarse debidamente indexadas. Solicita lo ultra y extra petita y la condena a las entidades demandadas de las costas y agencias en derecho. (Archivo 01 PDF – Pág. 02 a 11).

2. Contestaciones de la demanda.

Colpensiones, Porvenir y Protección

Colpensiones mediante escrito visible en las páginas 3 a 10 (archivo 06), Porvenir mediante escrito anexo en las páginas 3 a 24 (archivo 07) y Protección mediante escrito visible en las páginas 1 a 22 (archivo 05), contestaron 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. 242 emitida el 05 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de la señora Romelia Hurtado Arcila al RAIS administrado por BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A., a ING hoy Protección, último al cual se encuentra vinculada. **Segundo**, como consecuencia de lo anterior, se ordena a Protección S.A. trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes al RPM administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, condenar en costas a la parte vencida en juicio, Porvenir S.A. y Protección S.A. Se absuelve a Colpensiones. **Quinto**, consultar la sentencia en favor a Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada del demandante a los fondos privados. Éstos deben probar que efectivamente brindaron la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió con el solo formulario no demuestra el haber suministrado información suficiente al afiliado al

momento del traslado. Por tanto, y dado que no se probó el deber de información, debe declararse la ineficacia del traslado.

Finalmente, adujo que la ineficacia del traslado frente a la solicitud de un acto jurídico no tiene vocación de prescripción por la condición de irrenunciabilidad de la seguridad social.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Protección S.A.

Solicita se revoque la sentencia frente a la condena de devolver los gastos de administración, pues la AFP Protección actuó conforme a la ley y los descuentos son de consagración legal contemplados en la Ley 100 de 1993. En este orden, indicó que si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva al estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, Protección nunca administró los recursos de la actora, los rendimientos no se causaron y no se debió cobrar dicha comisión.

Agregó que en caso de ordenar la devolución de dichos emolumentos, generaría un enriquecimiento sin causa en favor de los demandantes en detrimento del patrimonio de la AFP.

4.2. Apelación Colpensiones

Sustenta su recurso argumentando que la demandante cuenta con más de 47 años de edad, por tanto, está inmersa en la prohibición para efectuar el traslado. Además, para la época del traslado contaba con el pleno derecho para efectuar la afiliación y de haberse negado al traslado estaría incurriendo en la violación del derecho a la libre elección de régimen pensional. Advirtió que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues manifestó de manera libre y voluntaria su consentimiento al momento del traslado y no existe ningún vicio.

5. Trámite de segunda instancia

5.1.1. Porvenir S.A. y demandante

Porvenir mediante escrito visible a folios 03 a 04 Archivo 05 PDF y la parte actora a folios 02 a 04 Archivo 06 PDF, respectivamente, (cuaderno Tribunal), presentaron las alegaciones finales.

5.1.2. Protección S.A y Colpensiones

Dentro del término del traslado, no presentaron alegatos conclusivos.

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, devuelva a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración?, asimismo, ¿se debe ordenar a Porvenir S.A. el traslado de gastos de administración por el tiempo en que la actora estuvo afiliada?

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* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Porvenir S.A. y 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 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 AFP 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, Porvenir S.A.² y Protección S.A.³, de los formularios de traslado al RAIS⁴, de la certificación de Asofondos⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶, se desprende 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, del 10 de febrero de 1989 al 15 de diciembre de 1990.

- a. Según los formularios de vinculación o traslado y la certificación de Asofondos, el 31 de octubre de 1994 la accionante se trasladó al RAIS a través de

¹ Pág. 95 a 96 - Archivo 01- PDF

² Pág. 25 a 31 - Archivo 07 - PDF

³ Pág. 109 a 124 - Archivo 01 - PDF

⁴ Pág. 103 y 108 - Archivo 01 y pág. 23 - Archivo 05 - PDF

⁵ Pág. 70 - Archivo 05 - PDF

⁶ Pág. 67 a 68 - Archivo 05 - PDF

Horizonte hoy Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de noviembre de 1994 hasta el 31 de marzo de 1999.

- b. Posteriormente, el día 23 de febrero de 1999, se trasladó a Colmena hoy Protección S.A., con fecha de efectividad el 1° de abril de 1999 hasta el 31 de marzo de 2000. Luego, se efectuó una cesión por fusión de Colmena a ING.
- c. Finalmente, el 25 de julio de 2002 la actora se cambió de ING a Protección, con fecha de efectividad 01 de septiembre de 2002, administradora en la que continúa cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, los fondos privados no le explicaron a la demandante las condiciones del traslado, indicó que fue inducida con información imprecisa a tomar una decisión en detrimento de sus intereses.

Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan 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 certificado de traslado de régimen pensional y los formularios de traslado de AFP en el RAIS suscritos por la actora, en los que se hacen constar que la escogencia de régimen 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 afiliada la accionante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

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**. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos y los gastos de administración. Del mismo modo, a Porvenir S.A. le corresponde trasladar los gastos de administración por el período respectivo. Por tanto, se deberá adicionar este último aspecto en la sentencia proferida en esta instancia.

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. y a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, 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 y se adicionará la orden a Porvenir S.A., de devolver los gastos de administración por término en que la actora estuvo afiliada en dicha AFP.

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, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia.

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 las apelantes 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: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A. para que traslade a Colpensiones los valores recibidos por concepto de gastos de administración y a cargo de su propio patrimonio, por el tiempo en que la actora estuvo afiliada al RAIS administrado por dicho fondo.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones y Protección S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

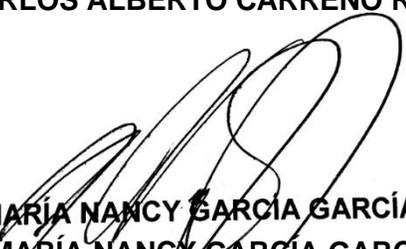
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para el proceso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota
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 491 de 2020)