



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-013-2020-00017-01
Juzgado de origen:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Alba Lucía Morales Castro
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	226

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 369 emitida el 15 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 absoluta del traslado del RAIS administrado por Protección S.A. al RPM en Colpensiones. Como consecuencia, se condene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones las cotizaciones, aportes, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con los rendimientos e intereses. Asimismo, se orden a Colpensiones a recibir y aceptar a la actora en el RPM. Finalmente, requiere se condene en costas a cargo de las demandadas. (Pág. 4 a 9 – Archivo 01 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

La demandada Colpensiones, mediante escrito visible en las páginas 2 a 15 (archivo 02) y Protección S.A., mediante anexo en las páginas 3 a 26 (archivo 05), 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. El *a quo* dictó sentencia No. 369 emitida el 15 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas. **Segundo**, declarar ineficaz la afiliación de la actora al RAIS administrado por Protección S.A. **Tercero**, condenar a Protección a trasladar a Colpensiones todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los aportes, rendimientos financieros, frutos, intereses si a ello hubo lugar, lo cual recibirá Colpensiones y los contabilizará en el fondo común como semanas cotizadas sin solución de continuidad, es decir como si ella no se hubiese ido nunca de ese fondo pensional a partir de la afiliación al RAIS. De igual manera van a resarcir los gastos de administración, éstos los computará como semanas cotizadas en favor de la demandante. **Cuarto**, consultar ante el HTS del DJC, en favor a Colpensiones. **Quinto**, costas a cargo de las demandadas.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar.

De esta forma, concluyó que debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

Contra esa decisión la apoderada judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

Señaló, en resumen, que no quedó demostrado que el fondo faltó al deber de información al momento del cambio de régimen pensional, tampoco engaño ni vicios que configuren la ineficacia o nulidad del traslado, ya que la razón de la demanda se debe a la variación del monto pensional. Adicionalmente, la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal por tener menos de diez años para acceder a la prestación de vejez.

Manifestó que en caso de confirmar la sentencia, se debe aclarar y especificar cuáles son los conceptos que se deben devolver a Colpensiones, pues no es posible definir una orden en abstracto. Asimismo, se debe adicionar que la devolución de los recursos como los saldos de la cuenta de ahorro individual, las comisiones o gastos de administración, debidamente indexados.

.

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, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron de la siguiente manera:

Colpensiones a través de escrito obrante a folios 01 a 06 Archivo 05PDF (Cuaderno Tribunal), presentó alegatos de conclusión. Las demás partes procesales, guardaron silencio.

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, se incluya la orden de retornar los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, primas, asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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 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.

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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹ y Protección S.A.², el formulario de afiliación³, el historial de vinculaciones de Asofondos⁴ y el reporte de estado de cuenta⁵ 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, desde el 18 de diciembre de 1986 al 31 de octubre de 1999.

¹ Pág. 20 a 23 – Archivo 01 - PDF

² Pág. 41 a 56 – Archivo 05 - PDF

³ Pág. 29 – Archivo 05 - PDF

⁴ Pág. 27 – Archivo 05 - PDF

⁵ Pág. 31 a 39 – Archivo 05 - PDF

- b. En el Régimen de Ahorro Individual, la accionante solicitó el traslado a Protección S.A. el 16 de julio de 2004, haciéndose efectiva a partir del **1° de septiembre de 2004**, 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 un estudio pensional al momento del cambio de régimen como tampoco se le informó el valor que sería su pensión, ni la proyección de la misma, ni siquiera se mencionaron las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS o al RPM.

2.3.3 Para la Sala, Protección 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 de este (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 debían suministrar las 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.

Luego, tampoco son de recibo los reproches de la apoderada de Colpensiones concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS y 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 a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., debe trasladar los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones y primas.

Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. No obstante, no procede la condena de los montos en concreto.

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).

Ahora, respecto de las condenas concretas y en abstracto, el artículo 283 del Código General del Proceso, ha señalado que el juez debe concretar las condenas impuestas a fin de establecer el monto que la parte vencida en juicio debe pagar, por tanto, debe abstenerse de imponer aquellas en abstracto. Entonces, dispuso lo siguiente:

“La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados.

El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado.

En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho.

En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

En este orden de ideas, las condenas deben ser detalladas en cantidad y valor determinados, no obstante, existen casos, como el presente, en los que no es posible al juez concretar la condena, ya sea por la ausencia probatoria en cabeza de la parte solicitante o por alguna situación diferente, en dichas circunstancias la jurisprudencia considera que basta con definir los parámetros para su cuantificación, pero sin que, *en ningún caso, se deje al arbitrio de un tercero o, lo que es peor aún, del propio demandado la determinación de éstos para sí fijar los alcances de su propia obligación.* (Sentencia CSJ SL 5 junio 2012, rad. 41798 reiterada en la SL5275-2019 y SL4639-2019)

Así las cosas, la providencia proferida es suficiente, pues establece y define los montos que en concreto el fondo privado debe trasladar a Colpensiones, sin que exista ambigüedad o confusión de dichos montos. Sin embargo, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Protección S.A. a retornar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros

previsionales, comisiones y primas. Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

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. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia debido a la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones.

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 sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones y primas. Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Villota
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Con ausencia justificada