



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Seis (06) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003-2022-00147-01
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Germán Darío Herrera Triana
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	339

I. ASUNTO

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. 119 emitida el 23 de junio de 2022. 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 o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías efectuada el 06 de septiembre de 1995. En

consecuencia, de la nulidad o de la ineficacia de la afiliación del señor Germán Darío Herrera Triana, se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al ISS hoy Colpensiones, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por todo el tiempo de su permanencia a éste. Se condene a Protección S.A al traslado inmediato a Colpensiones, del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados en favor del señor Germán Darío Herrera Triana y que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a Colfondos S.A y Protección S.A su fondo actual. Se condene a Colpensiones, a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al Régimen de Prima Media del demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle Protección S.A. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita y al pago de costas procesales y agencias en derecho. (Folios 02 a 12 – Archivo 01Demanda.pdf).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.

Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. mediante escrito visibles a folios 02 a 08 Archivo 07 PDF, 02 a 19 Archivo 06 PDF y 03 a 26 Archivo 05 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 119 emitida el 23 de junio de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a Colfondos S.A. y posteriormente a ING hoy Protección S.A., retornado en consecuencia al RPM administrado por Colpensiones. **Segundo**, condenar a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si existen, bonos pensionales en el evento que hayan sido redimidos pertenecientes a la cuenta del actor al RPM administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que proceda a aceptar el traslado del actor al régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, condenar en costas a las demandadas. **Quinto**, remitir expediente a consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, la AFP no suministró información de manera adecuada y pertinente a la 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, los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

Alega que el traslado se realizó en ejercicio legítimo que tenía el actor a la libre escogencia del fondo de pensiones, acorde al artículo 13 de la ley 100 de -1993 razón por la cual considera no puede predicarse la existencia de un error por vicios del consentimiento. Así concluye, no existen razones fácticas y jurídicas para que Colpensiones considere afiliado aquí en la actualidad se encuentra válidamente afiliado en otro fondo de pensiones. Por lo anterior, solicita se revoque el fallo de primer grado.

4.2. Apelación Protección S.A.

Presenta su oposición frente a la condena impuesta en el numeral tercero de la sentencia de primer grado. Señala que **los gastos de administración** se encuentran autorizados por la Ley. Que la entidad actuó de manera diligente con la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual del demandante. Dice que los gastos es aquella comisión que cobran la entidad para administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual, de cada aporte del 16% del IBC realizó por el actor, un 3% se descuenta por este concepto y pagar a la compañía de seguros; generando un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Por lo anterior, solicita se revoque el fallo de primer grado

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 Legislativo 806 del 4 de junio de 2020¹, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022², se pronunciaron, así:

5.2. Colpensiones, la parte demandante, Protección S.A. y Colfondos S.A.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3, archivo 04 PDF y el actor también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 4, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás 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 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 ¿Se debe 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 las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si existen, bonos pensionales, así como los seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

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

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 Vigente a partir del 13 de junio de 2022

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Protección S.A. y Colfondos 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. 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.

2.3.1. Descendiendo al *sub-lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones³, Protección S.A.⁴, de la certificación de Asofondos⁵, del formulario de traslado al RAIS⁶ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁷; que el demandante 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, desde 30 de diciembre de 1987 al 30 de septiembre de 1995⁸.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 06 de septiembre de 1995, el accionante se trasladó a la AFP Colfondos S.A. con efectividad el **01 de octubre de 1995 al 30 de junio de 1999**. Posteriormente el traslado se dio a ING el día 04 de mayo de 1999, con efectividad del 01 de julio de 1999 al 30 de diciembre de 2012, pues operó la cesión por fusión entre esta entidad y Protección S.A. dada desde el 31 de diciembre de 2012, administradora en la que ha continuado cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, las entidades demandadas a través de sus funcionarios no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen. Alude que no se le informó sobre las características de los regímenes pensionales ni se le informó acerca de la forma como se accede a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, y sus diferencias. Tampoco se le dio a conocer sobre las modalidades de

³ Fls. 208 a 212 Archivo 07ContestacionColpensiones.pdf

⁴ Fls. 190 a 207 Archivo 07ContestacionColpensiones.pdf

⁵ Fls. 77 Archivo 06ContestacionProteccion.pdf

⁶ Fl. 188, 189 Archivo 07ContestacionColpensiones.pdf

⁷ Fls. 71 a 75 Archivo 06ContestacionProteccion.pdf

⁸ Fls. 208 a 212 Archivo 07ContestacionColpensiones.pdf

pensión, figuras propias del régimen de ahorro individual.

Para la Sala, Protección S.A. y Colfondos S.A. no demostraron que hayan 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). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en los 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 la administradora a la que ha estado afiliado el accionante.

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 despachará de manera desfavorable los argumentos de Colpensiones

Por último, 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 el fondo privado 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 Protección S.A. y Colfondos S.A. suministró al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe 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 las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si existen, bonos pensionales, así como los seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales. Asimismo, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio debidamente indexados. De igual forma, Colfondos S.A. el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a su entidad. Por lo que se adicionará la sentencia de primera instancia por estos últimos conceptos.

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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.

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 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 lo que se confirmará la sentencia de primer grado.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, **la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima**”*.

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

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 de Protección S.A. y Colfondos S.A.

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 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 ordinal **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Protección S.A.** a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por el *a quo*, los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados. Ordenar a **Colfondos S.A.** el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, 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
Acto Judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO