



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-007- 2020-00251-01
Juzgado de primera instancia:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Silvier Oscar Robledo Ocampo
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	169

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 la apoderada judicial de Protección S.A., contra la sentencia emitida el 12 de noviembre de 2020. 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 ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos

los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros desde la fecha de su vinculación, bonos pensionales y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 1 a 7).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a folios 2 a 17 (Archivo 08 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no le constan los supuestos alegados en el introductorio. A la demandante le corresponde demostrar lo manifestado al tenor del artículo 167 del C.G.P. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*BUENA FE*”, “*PRESCRIPCIÓN*” y la “*INNOMINADA*”.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 2 a 28 (Archivo 06 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el actor, suscribió la afiliación a esa AFP de manera libre, espontánea y sin presiones. Formuló como excepciones de fondo las de: “*VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA*”, “*NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS*”, “*COMPENSACIÓN*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 268 del 12 de noviembre de 2020. En su parte resolutive decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva; **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, a

través del fondo Protección S.A., efectivizado a partir del 1° de julio de 1996; **Tercero**, condenó a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio; **Cuarto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta; y en el ordinal **sexto**, condenó en costas a la AFP Protección S.A. y en favor del actor.

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 clara, completa y comprensible al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, explicando no solo los beneficios sino las consecuencias negativas del traslado y que la carga probatoria dentro del proceso recaerá en dichas entidades por cuanto su responsabilidad es profesional, por lo que de la firma del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información.

3.3. Indicó que, dentro del proceso brillaban por su ausencia las pruebas respecto que al demandante se le haya brindado información sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional; no se le indicaron las características del RAIS, ni se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de la afiliación, por lo que debía concluir que el traslado no fue transparente y debía dejarlo sin efectos jurídicos.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Protección S.A., formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.1.1. Inconforme con la decisión de primer grado, argumentó que las comisiones son aquellas sumas que cobra la entidad por administrar los aportes de sus afiliados

equivalente a un 3 % del 16% al que corresponde la cotización, siendo un descuento autorizado por la ley que opera para ambos regímenes pensionales.

4.1.2. Expone que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado a la AFP, ésta ha administrado los dineros de su cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado. Que si lo que se declara es la ineficacia, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, Protección S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos nunca se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión, pero el artículo 1746 del CC habla de las restituciones mutuas y el abono de mejoras, por lo que con base en ello se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos, los cuales corresponden a los rendimientos que obtuvo el afiliado producto de la buena gestión de la AFP. De esta manera, señala que tiene derecho a la comisión por haber hecho rentar el patrimonio del afiliado, porque, de lo contrario, este último debería devolver los rendimientos a la entidad.

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, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante.

Expresó que no recibió una información clara y veraz que le permitiera tomar la mejor decisión frente a lo que significaba el traslado al fondo privado. Que era obligación de la entidad que recibió la solicitud de traslado mostrar detalladamente el panorama completo del nuevo régimen al que se estaba afiliando, indicando no solo los eventuales beneficios que este pudiera traerle, sino también las consecuencias que podrían resultarle adversas, y los requisitos, sobre todo, que en materia de capital debía cumplir, para acceder a las prestaciones económicas que consagraba el ahorro individual.

Aduce que la falta de información afectó la voluntad por error de hecho en el conocimiento de las condiciones del sistema, lo que generó un vicio en el consentimiento, al no conocer de manera real la información completa sobre el nuevo estatus pensional que iba a tener con ese traslado.

5.1.2. Protección S.A.

Ratificó los argumentos del recurso de apelación. Expresó que no es procedente que se ordene la devolución de lo que se descontó por comisión, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

5.1.3. Colpensiones:

La demandada Colpensiones S.A., guardó silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

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. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿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, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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

2. Respuestas al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante será **positiva** y al **segundo negativa**. 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 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.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1.1. 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.

2.1.2. 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.

2.1.3. 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.

2.1.4. 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.

2.1.5. 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).

2.1.6. 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 y el Decreto 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.

2.1.7. 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”.

2.1.8. 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.

3. Caso en concreto.

3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Protección S.A.², del Historial de Vinculaciones de Asofondos³ y el formulario de traslado de régimen pensional⁴, se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

3.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 07 de junio de 1974 al 31 de mayo de 1996 (Fls. 12 al 16 Archivo 02 – PDF).

3.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado a folio 17, el 23 de mayo de 1996 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de julio de 1996**, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de

¹ Fls. 12 a 16 – Archivo 01 – PDF.

² Fls. 19 a 37 – Archivo 01 – PDF y Fls. 33 a 55 – Archivo 06 – PDF .

³ Fl. 29-30 – Archivo 06 – PDF.

⁴ Fl. 17 – Archivo 01 – PDF.

pensiones, no se le informó de la trascendencia de la decisión, como tampoco se proporcionó asesoría clara y acertada. Esas omisiones lo indujeron a firmar el formulario de traslado. Ello, a pesar de que la AFP tenía el deber de suministrar información diligente, respecto de los pro y contra del traslado.

3.3. Por su parte, la AFP Protección S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el 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 (Fls. 2 a 28).

3.4. Para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, al demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 17), 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.

3.5. En consecuencia, la AFP Protección S.A. no demostró la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión. 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).

3.6. 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.

3.7. 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 al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. Protección S.A., además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1. 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.

4.2. 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).

5. 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. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

6. 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 cargo de Protección S.A., en favor de la actora. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 cargo de la apelante 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
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento parcial de voto)


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