



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de Abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-001- 2019-00325-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Ana Milena Escobar Cobo
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	026

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 Protección S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 08 de septiembre 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 la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Asimismo, se condene a Protección S.A. a asumir, con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión, por los gastos de administración en que hubiere incurrido. Finalmente, requiere el pago de las costas del proceso (Fls. 24 a 41).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 61 a 66. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no existe prueba de una indebida asesoría por parte de los asesores del fondo privado. Agregó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Resaltó que la nulidad deprecada se encuentra prescrita. Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"COBRO DE LO NO DEBIDO"* y *"PRESCRIPCIÓN"*.

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 88 a 94, se opone a las pretensiones del introductorio. Indicó que los asesores del fondo suministraron a la accionante una información completa y profesional de las diferentes alternativas, beneficios, condiciones requeridas por la ley, su edad, salario, etc. Una vez oídas y analizadas dichas situaciones, de manera libre, espontánea y sin presiones, ésta decidió afiliarse al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de: *"INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO QUE PUDO INDUCIR A ERROR EN LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE (SIC) A LA AFP PROTECCIÓN S.A. ..."*, *"FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA"*, *"CARENCIA DE ACCIÓN Y AUSENCIA DE DERECHO"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA 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..."*, *"BUENA FE"* y *"PRESCRIPCIÓN"*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 08 de septiembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, sucedido el 13 de marzo de 1998. En consecuencia, ordenó a Protección S.A. a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos

pensionales (en caso de contar con ellos), sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y los gastos de administración indexados a Colpensiones; **Segundo**, ordenó a ese fondo privado a normalizar la afiliación de la actora en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes a Colpensiones; **Tercero**, declaró no probadas las excepciones formuladas por pasiva; y **Cuarto**, condenó al fondo privado en costas procesales.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, la situación fáctica alegada debía abordarse bajo la figura de la ineficacia. Ello, al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. En dicho escenario, recalcó las etapas normativas relacionadas con las obligaciones de las AFP frente a los ciudadanos. Determinó que en el *sub lite* Protección S.A. no demostró el deber de información completa y suficiente que le atañía frente al traslado de la accionante, esto es, tanto las ventajas como desventajas de ambos regímenes pensionales. Por ende, concluyó que era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Finalmente, señaló que la acción de ineficacia de los traslados de los regímenes pensionales es imprescriptible.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Protección S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.1.1. Manifestó su inconformidad frente a la devolución de los **gastos de administración, bono pensional** y pago de **seguro previsional**. Frente al primer concepto, aludió que la AFP ha descontado un 3% para cubrir dichos gastos y pagar el seguro provisional a la compañía de seguros. Dichos descuentos están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a esa AFP, los dineros fueron depositados en la cuenta de ahorro individual, gestión que se realizó con la mayor diligencia y cuidado. Protección S.A. es una entidad experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados. Por ende, sería procedente la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, más no la devolución de lo que se descontó por comisión.

4.1.2. Expresa que en el artículo 1746 del Código Civil, se regula las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras. Por ende, debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por la buena gestión de la AFP. Alude que, si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debería devolver los rendimientos de la cuenta a la AFP y esta última a la comisión de administración al afiliado. Ello, por cuanto la comisión nunca debió haberse descontado y tampoco existieron rendimientos. Si se ordena a Protección S.A. devolver los aportes de la demandante, los rendimientos generados y las comisiones de administración, se estaría

convirtiendo en un enriquecimiento sin causa en favor de la actora y en detrimento del patrimonio de esa sociedad, quien actuó de buena fe.

4.1.3. Respecto del **seguro previsional**, resalta que, de conformidad con el artículo 20 *ibidem*, de ese porcentaje del 3% también se paga un seguro previsional a la aseguradora en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia. Dicha entidad pagará la suma adicional necesaria para financiar la pensión. Lo anterior, se encuentra reglado, además, en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, Decreto 876 y 1161 de 1994. En virtud de ello, la Superintendencia Financiera impartió instrucciones en la Circular Externa No. 07 del 96. Por tanto, se infiere que la prestación a cargo de la aseguradora en el RAIS constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Así las cosas, no es procedente imponer dicha condena, toda vez que el porcentaje fue descontado con base a la ley y fue girado a la aseguradora prestante.

4.1.4. Finalmente, respecto al **bono pensional**, aclaró que teniendo en cuenta que el mismo no se encuentra en poder de la AFP y aún no se ha redimido, sería una obligación imposible de cumplir. En consecuencia, requiere se revoque o modifique las condenas impuestas en primera instancia frente a los conceptos citados.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Expuso que el deber de asesoría surgió con el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, norma que no se

encontraba vigente para el momento del traslado de la demandante en el año 1998. Por ende, es claro que las obligaciones generales previstas en artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 a cargo de las AFP, se suple con el formulario de afiliación. Para esa época, los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías en otros documentos por fuera del formulario de afiliación. Dicha carga la impuso la jurisprudencia. Por tal motivo, el traslado reprochado debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario. En el plenario solo existen los dichos de la demandante, pero sin allegar medios de convicción para sustentarlos.

4.2.2. En cuanto a la **inversión de la carga de la prueba**, señala que es totalmente desproporcionada. Ello, por cuanto la inversión de la carga que establece la Corte Suprema de Justicia hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, lo cual quiebra las cargas probatorias. La responsabilidad objetiva exige que la esfera del control sea exclusiva de quien causa el daño. Los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen deberes como los contenidos en el Decreto 2241 de 2010. El numeral 5° del artículo 4° *ibidem* comporta que el silencio en el transcurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer a un determinado régimen pensional. La actora no atendió sus deberes legales, por lo cual, no es procedente imponer la carga probatoria solo en la AFP, más cuando la parte activa no efectuó un mínimo esfuerzo probatorio. Insistió en que las obligaciones de las AFP se suplen con el formulario de

afiliación y no es procedente exigirles documentar sus asesorías conforme al Decreto 656 de 1994.

4.2.3. Recalcó la desidia de la demandante, quien a lo largo de 22 años no procuró información sobre su situación pensional. En estos asuntos estamos ante errores de derecho, los cuales, en virtud de los artículos 9 y 1509 del Código Civil, no vician el consentimiento. Alude que se torna importante estudiar, para la declaratoria de ineficacia, sobre un posible efecto nocivo en el derecho pensional de la accionante, máxime cuando ésta tenía 35 años y 8.57 semanas al RPM. Dicha interpretación tiene fundamento en las aclaraciones de voto contenidas en las sentencias SL1421, SL452, SL1688, SL1689 y SL3464, en las que se indica que la ineficacia de traslado no es automática, sino que es necesaria la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado.

4.2.4. Por último, manifiesta que la ineficacia del traslado de régimen pensional otorga beneficios a personas que nunca cotizaron o lo hicieron escasamente. Ello pone en peligro el derecho pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron. También se vulnera el principio de **sostenibilidad financiera** consagrado en el artículo 48 de la Carta Política. En consecuencia, requiere se revise cada caso de manera particular, toda vez que se termina imponiendo a Colpensiones una carga económica, sin tener en cuenta que, si realmente existió falta de asesoría u omisión en la información, es a la AFP a la que le corresponde asumir patrimonialmente las consecuencias de su omisión, tal y como lo viene sosteniendo el Tribunal

Superior de Pereira, que se ha apartado del precedente de la CSJ, señalando que la acción procedente en estos casos es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

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. Colpensiones:

Ratificó los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda y en el recurso de apelación. Resalta que para el momento del traslado de la actora no se exigía documentar las asesorías por fuera del formulario de afiliación, pues es una carga que la jurisprudencia impuso. Que la acción procedente para el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información, es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, conforme la cual, la responsabilidad por dichos perjuicios corresponde a la AFP.

5.1.2. La demandada Protección S.A. y la parte actora, guardaron silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

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".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que los apelantes no impugnaron. No obstante, el grado jurisdiccional de consulta no tiene esas limitaciones, por lo que el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

2. Legitimación en la causa.

Le asiste a la demandante legitimación por activa, en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende. A Protección S.A., le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la actora.

Colpensiones también cuenta con legitimación por pasiva. Del historial de vinculaciones de Asofondos (Fl. 96) se extrae que, previo al traslado de la actora al RAIS, ésta se encontraba afiliada al ISS, hoy Colpensiones. No obstante, del formulario de traslado régimen pensional (Fl. 95), la

historia laboral de Protección S.A. (Fls. 12 a 23), y el resumen de la historia laboral para bono pensional (Fls. 100 a 102), se desprende que la demandante estaba vinculada al Régimen de Prima Media administrado por la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca.

Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que, como la accionante, laboraba desde antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

*"Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, **y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja**, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

*Los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.**"*

En consecuencia, teniendo en cuenta que Caja de Previsión Social en la que se encontraba vinculada la actora fue liquidada², le asiste legitimación en la causa por pasiva a

² Liquidada mediante Acuerdo Número 071 del 21 de Diciembre 2000 del Consejo Superior Universitario.
Fuente: <https://www.unicauca.edu.co/versionP/documentos/acuerdos/acuerdo-no-071-de-2000>

Colpensiones, por ser la administradora del Régimen de Prima Media que asumió las funciones del anterior ISS. Ello, en virtud a lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 de 2012.

3. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

3.2 De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

3.3. ¿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 y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración, bonos pensionales y seguro previsional?

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

4. Respuestas al primer y segundo interrogante.

4.1. 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. Corresponde 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. 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:

4.1.1. 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. Por su parte, el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995 reguló la entrada en vigencia del S.G.P. de los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital. En su artículo 4º, prevé que ésta implica la aceptación de las condiciones propias de éste y, por ello, debe proceder de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. 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.

4.1.2. 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.

4.1.3. 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.

4.1.4. 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.

4.1.5. 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).

4.1.6. 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.

4.1.7. 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”*.

4.1.8. 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.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, de la historia laboral de Protección S.A.³, del formulario de traslado de régimen pensional⁴, del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵ y del resumen de la historia laboral para bono pensional⁶ se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación

³ Fls. 12 a 23.

⁴ Fl. 95.

⁵ Fl. 96.

⁶ Fls. 100 a 102.

Definida - RPM, del 03 de mayo de 1982 al 30 de abril de 1983. En la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca del 1º de febrero de 1994 al 31 de marzo de 1998 (Fls. 12 a 23 y 100 a 102).

5.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado No. "0751557" (Fl. 95) y conforme al Historial de Vinculaciones (Fl. 96), el 13 de marzo de 1998 la accionante se trasladó al RAIS a través de Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1º de mayo del mismo año, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP a folios 12 a 23.

5.2. En la demanda⁷ se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, los asesores de Protección S.A. omitieron brindarle información relevante relacionada con la relatividad y beneficios del monto de la pensión. Que no le explicaron que se trataba de unas condiciones posibles, más no definitivas, toda vez que el monto estaba sujeto a rendimientos, las tasas de interés, la existencia o no de beneficiarios y la expectativa de vida. Tampoco se le indicaron las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Finalmente, señaló que, al tratar de constatar el posible monto de su derecho pensional en el RAIS, se determinó en una suma de \$828.116, cuando lo cierto es que, dados sus salarios, de haber continuado en el Régimen de Prima Media, podría ascender a la suma de \$1.856.971.

5.3. Por su parte, la AFP Protección S.A. dio respuesta al introductorio indicando que sus asesores suministraron a la

⁷ Fls.,. 24 a 41.

accionante una información completa y profesional de las diferentes alternativas, beneficios, condiciones requeridas por la ley, su edad, salario, etc. Una vez oídas y analizadas dichas situaciones por la actora, de manera libre, espontánea y sin presiones, decidió afiliarse al RAIS (Fls. 88 a 94).

5.4. No obstante, para la Sala, Protección S.A. no demostró que haya brindado, a la promotora de la acción, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la parte actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 95), 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.

5.5. 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020).

5.6. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en los recursos de

apelación.

5.7. Luego, tampoco son de recibo los reproches de la apoderada judicial de Colpensiones, concernientes a que la afiliación de la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS y, por ende, validó su afiliación. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Protección S.A.

5.8. En lo que atañe a la inversión carga de la prueba en estos asuntos, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado como en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, que:

*"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se **está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP**, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:*

(...)

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», **de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional**”.*

5.9. En cuanto al reprochado incumplimiento de los deberes de la demandante frente a las exigencias del Decreto 2241 de 2010, es importante precisar que: **i)** su expedición (23 de junio de 2010) y su vigencia (1° de julio de 2010), son posteriores a la fecha en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, esto es marzo de 1998; **ii)** Dicha disposición, que entró en vigencia el 1° de julio de 2010, por disposición del artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, cuya vigencia data del 15 julio del mismo año, quedó expresamente derogado; y **iii)** si en gracia de discusión no existiera ningún inconveniente con la vigencia del Decreto 2241 de 2010, no debe olvidarse que el objeto de su expedición fue establecer los principios, reglas, derechos y deberes para la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones, partiendo de la necesidad de garantizar que los usuarios recibieran información y el buen consejo que les permitiera adoptar decisiones informadas, especialmente, en lo relativo a la selección de fondos de pensiones. De ahí que las estipulaciones contempladas solo podían ser aplicadas teniendo en cuenta tal parámetro, pues, de lo contrario, el estatuto no sería de protección del consumidor del sistema pensional, sino de las administradoras, lo que sería un contrasentido.

5.10. 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 Régimen de Prima Media con Prestación Definida, 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.

5.11. 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 actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

6.1 La respuesta es **positiva**. Protección S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración y, si es del caso, los bonos pensionales,. En cuanto a la suma por seguro previsional, no hubo condena en el fallo de primer grado, siendo inane pronunciarse al respecto. De otro lado, se adicionará el fallo de primer grado en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la sentencia apelada y consultada.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1.1. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media.

Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados reintegren su monto a Colpensiones. 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.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, indicó:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

6.1.2. Frente a la **devolución del bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que dicho bono

se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. Nótese que, en el fallo reprochado, el *A quo* supeditó su traslado: “*en caso de contar con ellos*”. De lo contrario se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento. Lo anterior, se acompasa con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en providencias SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

En consecuencia, no amerita introducir modificación alguna en la parte resolutive de la sentencia reprochada frente a dichos tópicos.

6.1.3. En cuanto al concepto denominado “**seguro previsional**” que requiere el apoderado judicial de Protección S.A. no sea trasladado a Colpensiones, basta con señalar que se trata de una suma de dinero que no se ordenó devolver por el *A quo* en la providencia apelada. Por ende, resulta inane pronunciarse al respecto.

En este punto se aclara, que si en efecto en la sentencia de primer grado se ordenó trasladar las: “**sumas adicionales de la aseguradora**”, dicho concepto difiere del **seguro provisional** objeto de reproche por el alzado. No es dable confundir el rubro denominado sumas adicionales de la aseguradora, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes. Ello, por cuanto las sumas adicionales solo se originan una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado

y no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

En consecuencia, tratándose de conceptos disímiles, la Sala carece de competencia para pronunciarse frente a la viabilidad del traslado de las sumas adicionales de la aseguradora ordenada por el *A quo*, al no haber sido objeto de apelación por el fondo privado.

6.2. Finalmente, estima necesario la Sala ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la demandante su derecho fundamental a la Seguridad Social en Pensiones. Ello, por la omisión del *A quo* de ordenar a Colpensiones de que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones de recibir tales bienes.

En consecuencia, se adicionará la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los dineros y/o conceptos ordenados por el *A quo* producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

7. 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.

8. 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 Colpensiones y Protección S.A., en favor de la actora. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** que **COLPENSIONES** debe recibir de Protección S.A. los

valores y/o conceptos ordenados por el *A quo* producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dispuestos en los numerales PRIMERO y SEGUNDO del fallo de primer grado, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante 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 de la demandante. En auto aparte se fijarán las agencias en derecho.

CUARTO: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inclusión de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS