



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-001-2020-00118-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Carlos Samary Benavides Muñoz
Demandados:	- Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se confirma la sentencia apelada
Sentencia escrita No.	074

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Protección S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 25 marzo de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Carlos Samary Benavides Muñoz. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Procura el demandante que se DECLARE la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., que esta entidad debe asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez y trasladar los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado.

1.2. Que como consecuencias de estas declaraciones se CONDENE a Protección S.A., i) a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; ii) a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, los valores de su cuenta de ahorro individual incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado; y, iii) Que se condene a la Protección S.A. Colpensiones a pagar las costas procesales.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. De la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

2.1.1 Al contestar el escrito promotor se opone se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que no existe prueba documental que demuestre que al actor no se le haya ofrecido una debida asesoría, que por el contrario evidencian conformidad y posteriormente, negligencia de su parte para efectuar el retorno hacía el RPM a lo largo de los 26 años; que el traslado fue el resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz.

2.1.2. Manifiesta que se opone a que comprometan los intereses de la entidad y señala que la pretensión de ineficacia de traslado, en nada se

relaciona con sus actuaciones administrativas, pero que en el evento de declararse corresponde a Protección S.A. trasladar la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación –gastos de administración, todo debidamente indexado.

2.1.3. Sostiene que el traslado de régimen no es procedente de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que las documentales indican que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía acreditados 15 años o más de servicios para que pudiera retornar al RPM en cualquier tiempo, y ya causó su derecho pensional en tanto en la actualidad tiene 62 años de edad.

2.1.4. Precisa que del formulario de vinculación se desprende que el señor CARLOS SAMARY BENAVIDES se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. el 5 de agosto de 1994 y que este acto jurídico de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente fue el resultado libre y voluntario de una persona plenamente capaz y que no existe prueba de que su consentimiento hubiese sido afectado o que haya sido constreñido por los asesores de los fondos privados para firmar dicho formulario de afiliación; agrega que, a lo largo de 26 años de permanencia en el RAIS nunca procuró información sobre su situación pensional contando con las herramientas académicas y jurídicas para dichos efectos, y que solamente cuando estaba a portas de pensionarse decide a última hora que le es más conveniente el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

2.1.5. Propone como excepciones de fondo las de: *"INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACION DEL DEMANDANTE QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACION O INVALIDEZ DE LA MISMA", "CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER APLICADA EN FORMA GENERICA", "ERRONEA E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 1604 DEL CC", RETORNO EN CUALQUIER TIEMPO AL RPM FALTANDO MENOS DE 10 AÑOS PARA LA EDAD DE PENSION DEBE REALIZARSE ATENDIENDO LAS EXPECTATIVAS*

PENSIONALES DEL AFILIADO Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA”, “INDEBIDA APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD QUE REGULA LA ASESORÍA EN EL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES - VULNERACION DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGITIMA”, “INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE”, “INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “PRESCRIPCIÓN”.

2.2. De Protección S.A.

2.2.1. En ejercicio del derecho de defensa y contradicción, manifiesta que se opone a las pretensiones planteadas por la parte demandante, porque la afiliación se efectuó, en la época, conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia; que se le brindó una absoluta, profesional y verdadera asesoría, de esa forma fue aprobada y conforme a ello decidió afiliarse al régimen de ahorro individual.

2.2.2. Sostiene que desplegó toda la actividad de asesoramiento e información, en su momento, que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y que el demandante en forma libre y voluntaria, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por el fondo de pensiones de Protección S.A, conforme a lo previsto en la L.100/1993 art. 13; que de no haber sido clara y veraz la información, no hubiera tomado la decisión de traslado de régimen pensional.

2.2.3. Expresa que es inexplicable que, si la información fue inadecuada y perjudicial porque razón el actor no hizo uso del derecho de retracto en los términos del D.1161/1994 art. 3, por lo que ante la falta de demostración de este hecho no existe ninguna obligación de dejar sin efecto el traslado de régimen pensional.

2.2.4. Refiere que en la tarea de información y asesoramiento al demandante, previa a su vinculación en el fondo, la entidad obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al sistema de seguridad social, al tenor del literal a) del artículo 2º de la ley 100 de 1993. No sobra manifestar lo anunciado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e), modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003,

manifiesta "Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".

2.2.5. Propuso como excepciones de fondo las de: "INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO QUE PUDO INDUCIR A ERROR EN LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE A LA AFP PROTECCION S.A., QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN DE LA AFILIACIÓN.", "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 DECLARARA 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.", "BUENA FE" Y "PRESCRIPCION".

3. Decisión de primera instancia

3.1. El A quo dictó sentencia en audiencia del 25 de marzo de 2021, en la que resolvió puntualmente: "1. DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante CARLOS SAMARY BENAVIDES MUÑOZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sucedido el 05 de agosto de 1994. En consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (en caso de contar con ellos), con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del C.C, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de la demandante. Estos últimos, debidamente indexados. 2. ORDENAR a PROTECCIÓN a normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes del demandante a COLPENSIONES. 3. ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar la afiliación del demandante y recibir todos los valores trasladados por

PROTECCIÓN. 4. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por PROTECCIÓN y COLPENSIONES. 5. COSTAS a cargo de PROTECCIÓN."

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo su acogimiento a la sentencia S.L. 1688 2019 de la Corte Suprema de Justicia, de la cual destacó lo relacionado con el deber de información y asesoría completa a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones y que se encuentra establecido en el artículo 13 literal B artículo 271 y 272 todo de la ley 100 del 93 y el artículo 97 numeral primero el decreto 663 del 93; que la expresión libre y voluntaria contenida en el literal B artículo 13 de la ley 100 de 1993 presupone conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole; agrega que el artículo 97 numeral primero del citado decreto 663 de 1993, desde su creación señala la obligación de las entidad de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realicen de suerte que les permita través de elementos de juicio claros y objetivos escoger de las mejores opciones del mercado.

3.3. Sostiene que al demandante debió explicársele absolutamente todas las características de los dos regímenes, ventajas y desventajas de cada uno, no solo con palabras técnicas sino en un lenguaje claro, sencillo para que analice y determine cuál de los dos regímenes pensionales le convenía más y que esta situación no se presentó en este caso, razón por la cual estima viable declarar la ineficacia de la afiliación sucedida el 5 de agosto de 1994 por cuanto no se logró demostrar que la información que se le dio al demandante fue necesaria y transparente.

3.4. Aclara la sentencia indicando que además de las órdenes emitidas en su parte resolutive, la adiciona en el sentido de ordenar a Protección trasladar a Colpensiones también, los aportes para garantía de pensión mínima del demandante.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, se revelaron los apoderados judiciales de Protección S.A. Colpensiones formulando recursos de apelación, los que sustentaron esencialmente en los siguientes términos.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.1.1. Manifiesta que su inconformidad es concretamente respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, frente a lo cual arguye que la AFP ha descontado el 3% autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor, durante todo el tiempo de afiliación, que dicha gestión se realizó con la mayor diligencia y cuidado, evidenciándose buenos rendimientos financieros producto o resultado de la misma. Precisa que no es procedente que se ordene la devolución de tal rubro toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración; que, hacerlo constituye un enriquecimiento sin causa a favor del demandante pues estaría recibiendo unos recursos generados por una buena labor, sin reconocer o pagar ningún concepto por el trabajo realizado, un detrimento del patrimonio de la entidad y un privilegio injustificado de una de las partes del contrato declarado ineficaz, el cual fue suscrito de buena fe por la sociedad.

4.2. Apelación de Colpensiones

4.2.2. Inicia la sustentación haciendo mención a los argumentos del A quo, relacionados con la falta de información al afiliado para efectos del traslado, frente a ello sostiene que la información que el Fondo tenía que dar, conforme a la sentencia de la Corte SL 68838 de 2019, debe analizarse en el momento histórico en que debía cumplirse. Que en este caso para la fecha del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unos aspectos y formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime cuando estas normas no le prohibía la asesoría de forma verbal a las AFP tal y cómo le fue entregada al demandante, quien lo aceptó en el interrogatorio de parte, del que además se deduce que no se está frente a una omisión errónea o inadecuada información sino ante una inconformidad sobre el monto de la mesada pensional, por tanto, que la AFP si le ofreció una debida asesoría, indicándole los aspectos propios y las características del RAIS los que conforme su declaración de parte, los tiene bastante claros; agrega que la supuesta omisión de la información surgió cuando se le impidió su traslado, que solo después de 20 años de

haberse beneficiado de las prebendas del régimen, estando ad portas de causar su derecho pensional decide retornar al RPM y aprovechar los subsidios, respecto de los cuales ha participado de una manera muy deficiente como lo indica su historial laboral; que al favorecerse de dichos subsidios, que no le corresponden, pone en peligro el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados que sí lo hicieron y transgrede el principio constitucional de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 Superior.

4.2.3. De otro lado, solicita que en el evento de que se confirme la decisión, se ordene a Protección que dentro de las suma de los valores a trasladar se incluya lo concerniente a las sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; para este efecto pone de presente la sentencia SL 1688 de 2019 y el auto SL 1251 de 2020 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Cuestiona los argumentos que este Tribunal viene acogiendo para negar el traslado de este concepto, aduciendo que no es suficiente manifestar que sobre dicho rubro no se hace referencia en la parte resolutive de las sentencias de la Corte o que dentro del proceso no se demostró que la AFP hubiere recibido esos valores, y precisa que no existen razones jurídicas para que estas sumas adicionales no se trasladen al régimen de prima media; que no hacerlo constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y en perjuicio de la entidad; agrega que al recibir al actor la entidad tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del sistema general en pensiones, por lo tanto es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS incluidas las precitadas sumas adicionales.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Dentro del trámite de segunda instancia, ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, derecho respecto del cual, hicieron uso Colpensiones y Protección S.A., en los siguientes términos.

5.1.1. Colpensiones:

5.1.1.1. En su escrito de alegaciones manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, sin tener en cuenta que para el momento del traslado del actor no le era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, que esa, es una carga que la jurisprudencia impuso, que hacerlo, implica imponer obligaciones a los fondos no previstas por el ordenamiento jurídico, ya que si la Ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías, mal podría ahora exigírseles cuando han transcurrido más de 26 años; refiere que los fondos teniendo la facultad legal para hacerlo optaron por no constituir otros documentos por fuera del formulario, que prueba de ella es que en ninguno de los procesos cuentan con alguna otra probanza, por manera que exigirles otros mecanismos demostrativos distintos al formulario en la actualidad es obligarlos a lo imposible, por lo que es necesario que se considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el presente, no es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo.

5.1.1.2. Aduce que también se ratifica en los argumentos de la apelación frente a la adición de la sentencia respecto al rubro de sumas adicionales de la aseguradora, fundada en que la AFP descontó mensualmente el 1.6% del IBC sobre el que cotizó el demandante desde hace más de 26 años. Precisa que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante, acarrea la devolución de todos los dineros aportados y generados en el RAIS como es este porcentaje correspondiente a las sumas adicionales, que deben retornar al RPM, sobre todo, porque se desconoce si con las sumas o valores trasladados a COLPENSIONES sea suficiente para financiar la pensión del actor en el RPM, y cual sea la prestación que finalmente se le reconozca, que bien puede ser de invalidez o sobrevivientes, haciéndose necesario el traslado del porcentaje que mensualmente la AFP PROTECCIÓN S.A. descontó del aporte del demandante.

5.1.1.3. Señala que permitir que la AFP efectúe el descuento de estas sumas de los aportes del afiliado en el RAIS, da efectos parciales a la declaratoria de ineficacia, no garantiza el traslado íntegro de los aportes al RPM e impone a COLPENSIONES asumir ese faltante correspondiente

al 1.6% mensual del IBC sobre el que cotizó desde hace más de 26 años, lo cual resulta contradictorio con la finalidad de la aludida declaratoria de ineficacia, pues la afiliación nunca ocurrió, entonces los descuentos que la AFP realizó el actor de manera mensual por concepto de sumas adicionales de la aseguradora tampoco debieron efectuarse, por ende, el demandante conservaría íntegro su aporte al sistema de pensiones, sin que haya lugar al descuento por estos conceptos.

5.1.2. De Protección S.A.

5.1.2.1. Sostiene que basa sus alegatos, concretamente respecto del punto de la sentencia que hace referencia a la devolución a Colpensiones de las sumas que corresponden a los gastos de administración y que incluyen el valor del seguro previsional. En cuanto a los gastos de administración, expone que se trata de prestaciones ya acaecidas, que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual ha producido unos rendimientos y que se evidencian en su movimiento, gracias a la buena gestión de la AFP que la ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, ya que Protección es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados.

5.1.2.2. Afirma que la comisión y los rendimientos son conceptos excluyentes y no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo; que ordenar devolver la comisión de administración desconoce el trabajo que durante años realizó la entidad, vulnera el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses, mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de buena fe.

5.1.2.3. Sostiene que respecto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora o valor del seguro previsional, no procede dado que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó el monto de la prima de dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia, ésta última pagara una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos. El seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y la entidad está imposibilitada para recobrarlo, toda vez la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el

contrato suscrito entre el afiliado y Protección.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

2. Legitimación en la causa

2.1. Frente a este tópico debe señalarse que le asiste a la parte actora legitimación por activa en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende.

2.2. De otro lado, a Protección S.A. le asiste legitimación en la causa por pasiva, por ser la entidad administradora que efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

2.3. Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de conformidad con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones¹, se constata que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media y cotizó en esta entidad, dentro del periodo comprendido entre el 1º diciembre de 1987 y el 31 de agosto de 1994, un total de 506.43 semanas, de igual manera este hecho se constata del formulario de afiliación suscrito el 18 de agosto de 1994², del cual se extracta que la vinculación deviene por traslado y que la anterior administradora de pensiones es el I.S.S. (Hoy Colpensiones); además, obra a folio 142 del expediente digital certificado de Asofondos, que da cuenta del traslado de régimen indicando como la AFP de origen a Colpensiones. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de

¹ Ver folio 1 a 4 del expediente administrativo

² Ver folio 43 del expediente digital

2012, por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

3. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

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

Si lo anterior resulta positivo, conjuntamente se determinará si: ¿la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. ¿Es improcedente que en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene el traslado a Colpensiones, además del capital los gastos de administración como lo sostiene Porvenir?

3.3. ¿Es dable adicionar la sentencia de primer grado para ampliar la condena impuesta a Protección S.A., respecto del traslado de las sumas adicionales de la aseguradora como deprecia Colpensiones?

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

4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

4.1. Respuesta al primer problema jurídico.

4.1.1. Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo

de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

4.1.2. Al respecto, 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, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018 y entre las más recientes SL1452-2019, SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 y SL 373 del 10 de febrero de 2021, Radicación No 84475 señala que: *"la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

4.1.5. Y en esa dirección, ha defendido la tesis de 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 esa línea de pensamiento, en sentencia CSJ SL1688-2019, 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 apuntó en dicha sentencia 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. Y sobre la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, respecto de, a quien le corresponde demostrar la existencia de consentimiento informado, precisó la alta Corporación 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.

4.1.9. Y conservando su razonamiento, en lo que atañe a la aludida inversión de la carga de la prueba en estos asuntos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reitero:

*"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**”.*

4.1.10. Caso en concreto

4.1.10.1. Descendiendo al asunto que convoca la atención de la Sala, debe decirse que al auscultar los supuestos facticos sobre los cuales se apoyan las pretensiones del libelo introductorio y los medios de prueba que militan en el expediente, se evidencia y constata lo siguiente:

4.1.10.2. Obra en el expediente digital, la carpeta del expediente administrativo, que trae incorporado el reporte de semanas cotizadas por el demandante, indicativo que efectuó cotizaciones en Colpensiones dentro del periodo comprendido entre el 1º diciembre de 1987 y el 31 de agosto de 1994, un total de 506.43 semanas, hecho que se constata con

el formulario de afiliación suscrito el 18 de agosto de 1994³, del cual se extracta que la vinculación deviene por traslado y que la anterior administradora de pensiones fue el I.S.S. (Hoy Colpensiones) y además, a folio 142 del expediente digital se evidencia certificado de Asofondos, que da cuenta del traslado de régimen indicando como la AFP de origen a Colpensiones. Dicho traslado, a Protección⁴ se hizo efectivo a partir del 1º de septiembre de 1994, desde entonces el actor ha efectuado cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de agosto de 2020, como se desprende de la historia laboral expedida por Protección S.A.⁵ el 10 de septiembre de 2020.

4.1.11. Las anteriores documentales sirven válidamente para determinar que el demandante estuvo vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4.1.12. Se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se argumenta que la afiliación se realizó cuando un asesor de la entidad Administradora visitó las instalaciones de Suramericana de Seguros (sitio de trabajo) y le ofreció unas condiciones presuntamente más favorables para obtener la pensión de vejez de las que tendría en el I.S.S., entidad en donde realizaba sus aportes en pensiones, que le manifestó igualmente que en dicho régimen se accedería a la pensión de vejez a una temprana edad, garantizando en su oferta el cubrimiento del riesgo de vejez. Que fue inducido en error para que se trasladara de régimen con la promesa de que en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto se omitió la información referente a que el monto de la pensión estimada era relativo y no absoluto, es decir, de un monto posible y no definitivo, pues estaba sujeto a los rendimientos del capital y fluctuaciones del mercado, que podía disminuir su valor si las tasas de interés bajaban, igualmente si tenía beneficiarios o no, la expectativa de vida de esos beneficiarios y otros factores que hacen disminuir el monto de la pensión. Señaló que en la proyección realizada a los 62 años en el Régimen de Ahorro Individual se determinó que tendría derecho a la pensión de vejez con una mesada pensional de \$ 2.457.081.19, mientras

³ Ver folio 43 del expediente digital

⁴ Ver folio 52 del expediente digital

⁵ Ver folios 144 a 166

que, en el Régimen de Prima Media, su mesada pensional podría ascender a la suma de \$ 4.857.619.00.

4.1.13. Acorde con lo anterior, fundada en los dispositivos legales reseñados y en acogimiento de los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, precisa la Sala que, si bien es cierto el promotor del proceso firmó el formulario de afiliación con miras a trasladarse de régimen pensional y que dicho formato tiene predeterminada una constancia, referente a que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo efectúa en forma libre, espontánea y sin presiones, dicha suscripción del citado formulario *per se*, no constituye prueba idónea para acreditar que Protección S.A. le ofreció, una ilustración, 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.

4.1.14. Ahora, es del caso relieves que este Tribunal, en copiosos pronunciamientos ha dejado sentado el criterio y se mantiene pacífico, que la sola suscripción del formulario de afiliación al RAIS, es un acto que resulta ineficaz para demostrar que los Fondos Privados de Pensiones, que en este evento corresponde a Protección S.A., cumplió con su deber de acreditar que brindó información suficiente sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto

4.1.15. En suma, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante; además, del interrogatorio de parte que absolvió, a diferencia de la apreciación de la recurrente Colpensiones, no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorado y que por ello, era conocedor de todas las implicaciones que en aquel preciso momento como a futuro, podía involucrar el acto de traslado.

4.1.16. Por lo tanto, al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos como negativos de su decisión, tales como, 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 por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición de ser beneficiario del mismo, devenía forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS, como en efecto lo declaró el A quo.

4.1.17. De otro lado, 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 fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

4.1.1.8. Aquí cumple, advertir que en relación con lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004, en cuanto a la necesidad de propender por evitar la descapitalización del fondo común correspondiente al régimen de prima media con prestación definida y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones en el RAIS, a efectos de que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otras, a raíz del uso de la figura del traslado entre regímenes pensionales; argumento que fue traído por la apoderada de Colpensiones al fundamentar la alzada, esta Sala considera que no pueden servir de soporte para poner trabas a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, dado que, cuando la Corte Constitucional habla de evitar la descapitalización del sistema, lo está haciendo en relación con la necesidad de establecer periodos de carencia o permanencia mínima en cada régimen pensional, antes de poder ejercer la facultad del traslado, o con la forma de recuperar el régimen de transición que se pierde para un grupo especial de afiliados, cuando hacen uso de la referida facultad⁶, es decir, trata el tema de traslados que realmente son válidos, que no es el caso que aquí se presenta, pues

⁶ Conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010. Los beneficiarios del régimen de transición, en razón de contar con 15 años o más de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden retornar al régimen de prima media con prestación definida para recuperar la transición, en cualquier tiempo.

precisamente la declaratoria de ineficacia lo que produce, es restarle efectos al traslado, como si este nunca hubiere ocurrido.

4.1.19. Sean las anteriores consideraciones suficiente para refrendar la sentencia de primer grado en lo concerniente a la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen.

4.2. Respuesta al segundo problema jurídico

4.2.1. En cuanto a los **gastos de administración**, de cuya orden de traslado se queja el apoderado de Protección S.A., se precisa que son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados le reintegren su monto, por lo que pasa a indicarse.

4.2.1.1. El artículo 1746 del C.C., aplicable analógicamente en esta clase de asuntos prevé que la declaratoria de ineficacia trae aparejada la obligación de efectuar entre los contratantes las respectivas restituciones mutuas, que implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que debió recibir de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, normativa que 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.

4.2.1.2. Con todo, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra, porque es la

indebida conducta de la AFP, al no suministrar la idónea información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, i m p e l e que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados.⁷

4.2.1.3. 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)".*

4.2.1.4. En consonancia con lo anterior, la Sala estima que con acierto el fallador de instancia ordenó incluir dentro de las sumas a trasladar por Protección S.A. a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas o gastos de administración, por lo tanto los argumentos expuestos por la recurrente AFP Protección S.A., no tienen la virtualidad de lograr la revocatoria frente a este punto.

4.3. Respuesta al tercer problema jurídico.

4.3.1. Como quedó visto, surge de la pretensión de la apoderada de Colpensiones, de adicionar la sentencia incorporando el traslado a cargo de Protección S.A. **de las sumas adicionales de la aseguradora.**

4.3.2. Al respecto, ciñéndonos en estricto sentido a que, lo procurado es la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, de entrada dirá la Sala que ello no es posible en este caso por las siguientes razones:

⁷ Artículos 2.2.7.4.1. y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1883 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994

4.3.2.1. Conforme a lo vertido en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el concepto de sumas adicionales, no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, basta para ello examinar los artículos 70 y 77 de la citada ley, para colegir que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

4.3.2.2. Con sujeción a estos preceptos normativos, debe decir la Sala que como en el presente caso no se pretende un reconocimiento pensionales, sino lograr los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, **no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP Protección S.A., a Colpensiones, el rubro de "sumas adicionales de la aseguradora", por lo tanto sobre este aspecto, fue correcta la decisión de primer grado, de omitir incluirlo dentro de los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones.**

4.3.2.3. Sin perjuicios de lo anterior, continuando con el estudio de esta temática, importa precisar que no es dable confundir el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora*", con el valor de las primas correspondientes a los seguros previsionales contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como ya se indicó las sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, 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.

4.3.2.4. Ahora, resulta conveniente dejar en claro que este Colegiado, no es ajeno a los pronunciamientos que ha hecho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la devolución de las sumas adicionales, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, frente a la cual, es importante precisar que es solo en su parte considerativa más no resolutive, que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho

rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP Protección SA hubiere recibido respecto del demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no es viable disponer tal traslado.

4.3.2.5. En cuanto a la providencia que trae a colación la opositora al sustentar la alzada, esto es la 1251 de 2020, como apoyo al reclamo que hace respecto al traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, previo examen de la misma, nos lleva a colegir que no es un asunto en que la Sala Laboral de la Corte Suprema, haya aceptado la procedencia de la devolución o traslado dicho concepto, es más, en dicho proveído dictado a efectos de cuantificar el interés para recurrir en casación que le asistía a la AFP demandada, no hizo ninguna alusión específica a sumas adicionales, por lo que a juicio de este juez plural, como precedente no aplica en este caso.

4.3.2.6. Con todo, es de aclarar que, lo destinado al pago de los seguros previsionales no se afecta con la omisión de ordenar el traslado de las denominadas sumas adicionales de la aseguradora, como quiera que la decisión de primer grado, ordenó a Protección S.A., **trasladar todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante**, y en concreto *-entre otras cosas-* la devolución de cotizaciones, rubro del que, en su momento, la AFP hizo descuentos para contratar los mencionados seguros previsionales, luego entonces, la condena u orden impuesta a la AFP en la sentencia que ahora se revisa, incluye el valor por **primas de seguros previsionales**, que erróneamente, a título de *"sumas adicionales de la aseguradora"*, echa de menos la apoderada de Colpensiones.

4.3.2.7. Así las cosas, resulta innecesario que en esta instancia se ordene la devolución de un rubro que en efecto se dispuso devolver por el juzgador de instancia garantizando que las cotizaciones que el actor realizó por más de 26 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

4.3.2.7. Sean las anteriores motivaciones suficientes para sostener que no es posible disponer la adición de la sentencia incluyendo el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora.

4.4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

4.4.1. El juez de instancia declaró no probada la excepción de prescripción formulada por las entidades accionadas, decisión que secunda la Sala, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna imprescriptible. Por ende, 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., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, el 25 de marzo de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CARLOS SAMARY BENAVIDES MUÑOZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**-por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a Protección S.A. y a Colpensiones. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO ARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES