



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	76001310501420220049001
DEMANDANTE	FRANCISCO ELADIO VARELA LAMOS
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia
DECISIÓN	Confirma y adiciona

En Cali., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve el recurso de apelación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A** instauraron contra el fallo que el Juez Catorce Laboral del Circuito de Cali profirió el 18 de mayo de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **FRANCISCO ELADIO VARELA LAMOS** promovió contra las recurrentes, asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Colpensiones en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Francisco Eladio Varela Lamos, solicitó que se declare la

«ineficacia» de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS - administrado por Protección S.A. y, en consecuencia, se le ordene devolver los aportes, rendimientos financieros, valores destinados al pago de primas a las aseguradoras, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones y demás acreencias a Colpensiones y, a esta última, aceptar la afiliación. Finalmente, requirió se acceda condene a Porvenir S.A. al pago de las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 06 de octubre de 1962, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en febrero de 1981 y se trasladó a Protección S.A. en **agosto de 1996**, como se evidencia en la los anexos aportados en escrito de inicial, (expediente digital, archivo 01, anexos pdfs. 27 al 43 historia laboral).

Señaló que, al momento de efectuar la afiliación al RAIS, Protección S.A. no le brindó información sobre las condiciones del traslado, tampoco realizó una proyección del monto de la pensión que recibiría y no le suministró datos veraces y completos sobre las consecuencias del traslado.

Indicó que no le hicieron ninguna proyección pensional, no le informaron sobre las ventajas y desventajas de la afiliación ni mucho menos sobre las consecuencias negativas y positivas que ello acarrea, no se le informó acerca del bono pensional, ni del supuesto en caso que no cumpliera con el mínimo de semanas exigido. Situación que no le permitió tomar una decisión debidamente informada.

Por último, mencionó que el 26 de septiembre de 2022 solicitó a Colpensiones que le permitiera retornar al RPM, petición que fue negada en la misma fecha (expediente digital, archivo 01, pdfs. 2 a 11 historia laboral).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos el relativo a la fecha de nacimiento, la afiliación inicial al RPM, el traslado de régimen pensional, la petición incoada a su entidad y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.»* (Expediente digital, archivo 05, pdfs. 4 al 14).

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones del demandado. Respecto a los hechos, el único que admitió como ciertos fue el traslado que se realizara a su entidad, manifestó además que para la fecha de entrada en vigencia el nuevo régimen pensional el accionante no cumplía con el *requisito de los 15 años de servicios tal como lo señalan las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.*

Indicó que le brindó la información necesaria con profesionales capacitados por consiguiente dedujo que su decisión fue *voluntaria, libre espontánea y sin presiones.* Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Formuló las excepciones de *«inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, 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, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de*

pensiones y cesantía protección s.a., innominada o genérica.»
(Expediente digital, archivo 10, pdfs. 2 a 19).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Catorce Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 18 de mayo de 2023, en la que decidió: (expediente digital, archivo 16)

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las Demandadas.
SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA de la afiliación del señor FRANCISCO ELADIO VARELA LAMOS con C.C. 16.271.544 al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCION S.A., el 01 septiembre de 1996, su actual fondo, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.
TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el traslado de FRANCISCO ELADIO VARELA LAMOS al régimen de prima media con prestación definida administrado por dicha entidad.
CUARTO: COSTAS a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., como agencias en derecho se fija la suma de \$2.000.000 que cada demandada debe pagar a favor de la parte demandante.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si «fue nula la afiliación» del demandante a Protección S.A. y, en caso afirmativo, establecer si Colpensiones debe admitir su retorno al régimen de prima media con prestación definida.

En esa dirección, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que las administradoras de fondos de pensiones privadas tienen el deber de brindar información necesaria, clara y por escrito sobre las causas y efectos del traslado de régimen pensional.

Con fundamento en dicho precedente, expresó que, si el afiliado desconoce la incidencia del traslado en sus derechos prestacionales, por inoportuna o insuficiente asesoría sobre los

efectos del mismo, no puede decirse que la decisión es producto de una manifestación libre y voluntaria y, por tanto, debe declararse la ineficacia de tal acto jurídico.

Finalmente, manifestó que, la AFP Protección S.A. no logro acreditar el cumplimiento del deber de información, por lo que se declaró la ***nulidad e ineficacia de la afiliación***, por tal razón se ordenó devolver los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación, tales como los aportes, rendimientos financieros y bono pensional si los hubiere, desde la fecha en que se realizó el cambio de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Protección S.A.** solicitó la revocatoria de la sentencia, frente al numeral 4 fundamentando su petición que el valor de las agencias en derecho de primera instancia liquidada dentro de proceso ordinario, sobre para el límite máximo permitido, con forme a la duración del proceso y el número de audiencias realizadas del proceso, la suma impuesta debió ser menor.

Colpensiones por su parte apeló y solicitó la modificación de la sentencia argumentando que, al declararse la «nulidad», se debía ordenar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones y recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, pagos de ahorros pensionales, los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, los rendimientos financieros, la anulación de bonos pensionales y el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Estos conceptos debidamente indexados al momento del traslado, especificando la rentabilidad que generaron cada uno de estos recursos, finalmente solicitó que se le absuelva de las costas procesales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 31 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. En el término respectivo, Colpensiones presentó escritos de alegatos.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no apelados.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no fue objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) el demandante estuvo inicialmente afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el de febrero de 1981 hasta **agosto de 1996** fecha en que se trasladó al régimen de ahorro individual –RAIS- administrado por Protección S.A.

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si la *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad del actor debe declararse ineficaz por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, (iv)

los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

De ahí que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las

administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

ii. Carga de la Prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, pues se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

iii. Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos tales como «*en forma libre, espontánea y sin presiones*», son insuficientes para dar por demostrado el deber de información

(CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

iv. Efectos de la Declaratoria de Ineficacia de Traslado

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió (CSJ SL5292-2021).

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos

pensionales, cuentas de rezago si las hay, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen (CSJ SL2929-2022).

v. Caso Concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el demandante suscribió formulario de solicitud de traslado al fondo de pensiones Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 24 de julio de 1996, quedando en firme dicho traslado en el mes de agosto de la misma anualidad.

Por lo tanto, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha administradora una obligación no prevista en el ordenamiento jurídico, dado que dicho mandato está establecido en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

En conclusión, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por otra parte, si bien la demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «voluntad de afiliación», dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para

concluir su voluntad libre de vicios, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; esto es, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

En ese contexto, la consecuencia de lo anterior es que Protección S.A. traslade a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

(...) en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

En consecuencia, se adicionará el numeral quinto para condenar a Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y bonos pensionales, si a ello hay lugar; los gastos de administración, las cuentas de rezago si las hay y que se hubiesen emitido, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021) y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021) y debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021).

Ahora bien, respecto a la condena en costas de la primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por analogía,

establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones y Protección S.A. se opusieron en la contestación de la demanda a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fue vencida en juicio.

En consecuencia, es innegable que acertó el a quo al condenarla en costas, pues no le es dable «acudir a criterios subjetivos para ser exonerada del pago de las mismas» (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica la devolución de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023).

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo del fallo de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A., a



trasladar a Colpensiones, además de los rubros señalados por la *a quo* en dicho numeral, las comisiones y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado, con cargo a sus propias utilidades y todos los valores debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse generado.

Los magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En uso de permiso

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado

