



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de marzo dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005- 2019-00579-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Einarco José Morales Carpio
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	22

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 Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 206 emitida el 26 de julio de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos de la

cuenta de ahorro individual .Finalmente, requiere se condene en costas a cargo de las demandadas y se conceda lo ultra y extra petita. (Pág. 64 a 69– Archivo 01 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

La demandada Colpensiones, mediante escrito visible en las páginas 08 a 15 (Archivo 05 - PDF) y Porvenir S.A., mediante anexo en las páginas 02 a 27 (Archivo 06 - PDF), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 206 emitida el 26 de julio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante a Porvenir S.A. **Segundo**, ordenar a Porvenir S.A. a trasladar al RPM administrado por Colpensiones los dineros recibidos con motivo de la afiliación del actor, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado del demandante junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. **Cuarto**, condenar en costas a Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. De esta forma, concluyó que debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado.

La parte actora solicitó se aclarara el apellido del demandante toda vez que se indicó Einarco José Morales Campo siendo lo correcto, Einarco José Morales Campo Carpio; petición a la que se accedió la juez de primer grado corrigiendo dicha falencia.

4. La apelación.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

Indicó que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria al RAIS tal y como lo prueba el formulario de afiliación suscrito entre las partes, sin mostrar inconformidad, razón por la cual es el fondo privado el llamado a responder por la pensión de vejez en el momento de su solicitud. Dice que la normatividad y la jurisprudencia señalan cuando debe trasladarse de régimen, por lo que el demandante no cuenta con esa posibilidad pues le falta 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agregó que la declaración de ineficacia de traslado, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho pensional de los demás afiliados.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Indicó que los supuestos vicios de consentimiento alegados por la parte actora no fueron demostrados en ningún momento. Señaló que dentro del plenario reposa la solicitud del demandante para efectuar la afiliación al RAIS, además, se le informó en debida forma acerca de las implicaciones del traslado, por lo que forma voluntaria decidió cambiarse al RAIS, prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito entre las partes. Agregó que el actor no hizo uso del derecho al retracto dentro de la oportunidad. Dice también, que no se le imponía a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría en cuanto la favorabilidad del monto de la pensión, pues dicho deber surgió a partir del año 2014.

Insistió en que en esta clase de procesos es viable la prescripción, pues no se busca el reconocimiento de la pensión, sino que se solicita el traslado de régimen pensional. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta los anteriores argumentos.

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. Parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.:

Colpensiones y Porvenir S.A. dentro del término legal presentaron alegatos de conclusión mediante escritos visibles a folios 01 a 06 Archivo 05 PDF y 01 a 04 Archivo 06 PDF, (cuaderno Tribunal), respectivamente. La parte actora guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, y los gastos de administración?

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

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Porvenir S.A.?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

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

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".

Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Porvenir social, tienen el: “*deber de proporcionar a sus interesados una información*

completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Porvenir S.A.², el formulario de afiliación³, el historial de vinculaciones de Asofondos⁴ y el certificado de bono

² Pág. 66 a 113 - Archivo 06 - PDF

³ Pág. 64 – Archivo 06 - PDF

pensional⁵, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 09 de abril de 1992 al 01 de febrero de 1994⁶.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el accionante solicitó el traslado a Porvenir S.A. el 11 de abril de 1994, haciéndose efectiva a partir del **1° de mayo de 1994**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS, el actora le fue informado por parte de los asesores de la sociedad demandada que tendría mayor beneficios en el RAIS pues se podía pensionar de manera anticipada. Que el ISS se acabaría por lo que no obtendría su pensión. Afirma que no le mencionaron las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS o al RPM.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio señalando que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Dice que fue ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación. Que no existía razón jurídica ni fáctica que le impidiera cambiar de régimen (Flios 02 a 07– Archivo 06 - PDF).

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a las que ha estado afiliada el accionante.

Dígase además, que en su interrogatorio de parte, el actor señaló que que el asesor del fondo de pensiones le informó que en el RAIS obtendría mejores beneficios y que el ISS tendría problemas. Dice que no fue coaccionado, pero le fue comunicado solo los

⁴ Pág. 62 – Archivo 06 - PDF

⁵ Págs. 114 a 117 – Archivo 06- PDF

⁶ Información extraída de la historia laboral de Porvenir S.A.

beneficios de los fondos privados más no las desventajas (Archivo 10 PDF Mto 32:24 a 37:21).

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachara de manera desfavorable el argumento de Porvenir S.A.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación del actor se mantuvo por varios años en el RAIS, y que le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**”. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16

de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró al demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con cargo a su propio patrimonio.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En consecuencia, se deberá confirmar la sentencia apelada y consultada, en este sentido.

4. 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. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al quinto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A., es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *A quo* al fondo privado.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A., en favor del actor.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en todo, la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Porvenir S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-V

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO POR LA CONSULTA



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