



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-007-2019-00592-01
Juzgado de origen:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nancy Holguín Chica
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Vinculado:	Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto:	Adiciona y Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional- Régimen de transición
Sentencia escrita No.	119

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No 70 emitida el 26 de febrero de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Reclama la demandante que se declare la “*nulidad*” o “*ineficacia*” de la afiliación al R.A.I.S., concretamente a Colpatria y posteriormente a Horizonte hoy Porvenir S.A.,

teniéndola como válidamente afiliada al R.P.M.P.D.; en consecuencia, pide que, en virtud a que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le ordene a Colpensiones que reliquide su pensión de vejez, y que pague indexada la diferencia a la que haya lugar (folios 01 a 09 Archivo 01-PDF).

2. Auto Admisorio

Mediante auto del 15 de octubre de 2019, el Juzgado de Conocimiento decidió rechazar por competencia la demanda respecto de las pretensiones relacionadas con la reliquidación de la pensión, tras considerar que la demandante se desempeñó como Profesional Universitario Código 219 grado 01 en el Municipio de Guadalajara de Buga, por lo que es empleada pública y su *petitum* lo debe conocer y resolver la jurisdicción contenciosa administrativa. Adicionalmente ordenó vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (Folio 79 Archivo 01-PDF).

3. Contestaciones de la demanda.

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”* y la *“Excepción genérica”* (Folios 91 a 101 Archivo 01-PDF).

La **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-** presentó oposición a las pretensiones y en su defensa propuso las excepciones de: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*; *“La innominada”*; *“Buena fe”* y *“Prescripción”* (Folios 118 a 125 Archivo 01-PDF).

El **Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** formuló las excepciones de: *“Prescripción”*; *“Prescripción de la acción de nulidad”*; *“Cobro de lo no debido por ausencia de causa e Inexistencia de la obligación”* y *“Buena fe”*. (Folios 158 a 175 Archivo 01-PDF).

4. Decisión de primera instancia.

La Juez de primera instancia en sentencia No 70 del 26 de febrero de 2020, tuvo por no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia de

la afiliación de la demandante a Porvenir S.A.; que para todos los efectos legales se debe tener como si nunca se hubiese trasladado al R.A.I.S. y por ello, ha permanecido en el R.P.M.P.D.; en consecuencia, la señora Holguín Chica conserva todos los beneficios del régimen de transición. Para así decidir, adujo que no se demostró que el Fondo le hubiese suministrado la información que la Ley le exigía, razón por la cual, se debe declarar la ineficacia del negocio jurídico.

5. La apelación.

Inconformes con la decisión, Colpensiones y Porvenir S.A. la impugnaron así: La primera, aseguró que se trasladó de forma libre y voluntaria al R.A.I.S.; que tuvo el tiempo suficiente para informarse acerca de las consecuencias de su decisión; que la ignorancia de la Ley no le puede servir de excusa; que no demostró que su consentimiento hubiese adolecido de algún vicio.

Por su parte Porvenir S.A. afirmó que cuando se efectuó su traslado le suministró la información suficiente para que tomara una decisión libre y con conocimiento. Dice que se le informó sobre el régimen de transición, y las implicaciones del traslado. Expones que el formulario que suscribió contiene una leyenda que indica que recibió una debida asesoría; que la acción de nulidad o ineficacia se encuentra prescrita; que no se le debe condenar en costas.

6. Trámite de segunda instancia

6.1. 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:

6.1.1. Parte demandante, Colpensiones Porvenir S.A. y el Ministerio Público:

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".

La parte demandante mediante escritos obrantes en los Archivos 05, 07 y 09 PDF. Porvenir S.A., a folios 01 a 06 Archivo 08-PDF y el Ministerio Público folios 01 a 06 Archivo 10-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión. Colpensiones, 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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, deberá trasladar las sumas recibidas por gastos de administración, primas y el porcentaje de seguros previsionales, debidamente indexados en el caso de no haber sido ya trasladados en virtud de su reintegro al RPM.?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas a cargo de Porvenir S.A.?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS, fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

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 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).

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. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones², Porvenir S.A³, la

² Flios 22 a 25 Archivo 12– PDF y exp. Administrativo Archivo 02 PDF

³ Flios 179 A 180 Archivo 01 – PDF

certificación de Asofondos⁴ y el formulario de afiliación⁵, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, desde el 31 de marzo de 1981, efectuando cotizaciones hasta el 30 de junio de 2017.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el 28 de diciembre de 1998, la accionante se trasladó a Colpatria. En virtud de una cesión el 29 de octubre de 2004 fue trasladada a Horizontes pensiones y cesantías con efectividad desde el 29 de septiembre de 2009 hasta el 31 de julio de 2002. Luego, el 16 de abril de 2002 retorna a Colpensiones, siendo efectiva su afiliación **01 de agosto de 2002**.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no se le brindó información clara y precisa sobre la viabilidad del traslado, sus ventajas y consecuencias.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Flios 158 a 175 Archivo 01-PDF).

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A no demostró que haya brindado, a la 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 del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, 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 debía suministrar la AFP.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado, no lesiona el principio de

⁴ Flio 177-178 Archivo 01 – PDF

⁵ Flio 181 Archivo 01 – PDF

sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, 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 R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

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 a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, deberá trasladar a Colpensiones las sumas recibidas por gastos de administración, primas y el porcentaje de seguros previsionales, debidamente indexados en el caso de no haber sido ya trasladados en virtud de su reintegro al RPM. Por ende, se adicionara la sentencia de primera instancia en ese sentido.

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 otros.

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).

La decisión de ordenar al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a la misma, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.*

3.2.3. De igual forma, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021. Por tal motivo, se adicionará los anteriores conceptos al fallo de primer grado.

4. Respuesta al tercero 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.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la exoneración de 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 los resultados 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 a cargo de Porvenir S.A.

6. Costas.

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

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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **Porvenir** a devolver a Colpensiones las sumas recibidas por gastos de administración, primas y el porcentaje de seguros previsionales, debidamente indexados en el caso de no haber sido ya trasladados en virtud de su reintegro al RPM.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Con ausencia justificada

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



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