



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	760013105005-2020-00214-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nayibe Ismenia Novoa Hidalgo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Decisión:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	116

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 Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No 537 emitida el 09 de diciembre 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 la demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RAIS administrado por Porvenir S.A. al RPM en Colpensiones. Como consecuencia, se condene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores que existieran en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos. Asimismo, pide lo ultra y extra petita y se condene en costas a cargo de las demandadas. (Pág. 01 a 24 – Archivo 04 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A. y Colpensiones.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 01 a 25 – Archivo 09 PDF y 02 a 14– Archivo 14 PDF respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No 537 emitida el 09 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte actora del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Segundo**, ordenar a Porvenir S.A., traslade al RPM administrado por Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos. De igual forma, deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado de la actora al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. **Cuarto**, condenar en costas a cargo de Porvenir y Colpensiones. **Quinto**, en caso de no ser apelada, consúltese la decisión.

3.2. 3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información completa y comprensible a la asimetría que debe haber entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Expone que se debió dar a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. Que la falta de información conlleva a la decisión de declarar la ineficacia del traslado al RAIS. Frente a la carga de la prueba, es la AFP quien debe demostrar haber brindado asesoría necesaria a los usuarios, a efectos de comparar entre regímenes y elegir la opción que mejor les parezca.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recursos de apelación.

4.1 Apelación Colpensiones.

4.1.1 Señala que, la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia como lo demuestra el formulario de afiliación, sin que demostrara inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado. De esta manera, aduce que es el fondo donde se encuentra afiliada, quien debe resolver su situación pensional.

Luego de evocar el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, indicó que, se establecieron los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen la asesoría a partir del primero de octubre de 2016 y desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de régimen, sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual, esta restricción que no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia.

Agrega que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del SGP y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, como lo indicó la Corte

Constitucional en la Sentencia T 489 de 2010. Por lo anterior solicita la revocatoria de la sentencia dictada.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Indicó que la actora no demostró los supuestos vicios en el consentimiento al momento de efectuar el traslado de régimen, pues no se demostró error, fuerza o dolo. Señaló que no se hizo uso al derecho de retracto en la afiliación ni manifestó el deseo de regresar al RPM. Agregó que para la época de la afiliación no se le exigía al fondo suministrar la asesoría en los términos establecidos en la actualidad por la jurisprudencia. Expresó la necesidad declarar la excepción de prescripción sobre la acción del traslado.

Finalmente, solicita se revoque la condena por gastos de administración y todos los rubros ordenados, toda vez que se deben respetar la destinación de los aportes y la gestión que realizó el fondo privado. Dice que, de mantenerse la condena, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante quien recibiría rendimientos sin pagar ningún concepto.

Manifestó que la declaración de ineficacia obliga a compensar los rendimientos generados con los gastos de administración, teniendo en cuenta que se actuó conforme la legislación. Aunado a ello, solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho.

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.:

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".

Porvenir S.A a través de folio 01 a 11 Archivo 04PDF (cuaderno Tribunal) presentó alegatos de conclusión. La parte actora y Colpensiones, guardaron 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. ¿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 gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados?

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

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a 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**. 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 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 probatoria, 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 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 la historia laboral de Porvenir S.A.², el formulario de afiliación³, la certificación de Asofondos⁴ y del certificado de la información laboral para bonos pensional⁵, 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 06 de marzo de 1987, efectuó cotizaciones hasta el 30 de diciembre de 1991⁶.

En el Régimen de Ahorro Individual, el día 31 de julio de 1995, la parte actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., siendo efectivo a partir del **31 de julio de 1995.**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, la demandante no recibió información clara y objetiva sobre la conveniencia de trasladarse, pues únicamente se le brindó beneficios inexistentes con publicidad engañosa. No se le manifestaron las ventajas o desventajas de permanecer en el RAIS o en el Régimen de Prima Media Con Prestación definida R.P.M.

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 01 a 25 – Archivo 09 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). Lo cierto es que, la sola suscripción de la accionante al RAIS no es

² Flios 100 a 133 Archivo 09 – PDF

³ Flio 61 Archivo 09 PDF

⁴ Flios 59 Archivo 09– PDF

⁵ Flios 134 a 137 Archivo 09 – PDF

⁶ Información extraída de la historia laboral de Colpensiones.

prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliada la accionante.

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 despachará de manera desfavorable el argumento de Porvenir S.A.

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 a la 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 y primas por seguros previsionales, con

cargo a su propio patrimonio, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados?

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 la *A quo* 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**".* Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal 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 cuarto 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 impuesta por la *A quo* a el fondo recurrente.

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: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.


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 (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
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO POR LA CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 497 de 2020)