



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:	76001-3105-011-2021-00119-01
Juzgado de origen:	Once Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Sandro Díaz Gómez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Decisión:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	129

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 la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No 233 emitida el 26 de noviembre 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 se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó, con respecto a pensiones, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

que administraba el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad que se encuentra administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. En consecuencia, quede admitido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra actualmente Colpensiones, para que sean recibidos todos los valores de la cuenta individual de ahorro pensional con sus rendimientos, intereses e indexación; y, sin que haya lugar a descuento por administración, que se encuentra a cargo de Porvenir S.A., por último que se ordene a Porvenir S.A., que traslade todos los aportes en pensión que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, intereses e indexaciones que tuvieron lugar; y, sin que haya lugar a ningún descuento por administración. (Folios 02 a 14 – Archivo 03Demanda.pdf)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A. y Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 03 a 17 – Archivo 10 ContestaciónDemandaColpensiones.pdf; y Porvenir S.A. a folios 02 a 29 – Archivo 12 ContestaciónDemandaPorvenir.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. El *a quo* dictó sentencia No 233 emitida el 26 de noviembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante Sandro Díaz Gómez, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones. **Segundo**: condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos, comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del señor Sandro Díaz Gómez. **Tercero**: ordenar a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de Porvenir S.A., para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del RPM debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella. **Cuarto**: condenar en costas a las demandadas.

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, la apoderada judicial de Colpensiones no formuló recurso de apelación. Por su parte la apoderada judicial de Porvenir S.A. formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. No se formuló recurso de apelación por parte de la apoderada judicial de Colpensiones. (Minuto 1:03:07 seg)

4.2. Apelación Porvenir S.A. (Minuto 1:03:22 seg)

4.2.1. La apoderada judicial de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia 233, bajo los siguientes argumentos:

Respecto de la condena a Porvenir S.A. de realizar la devolución de los gastos de administración recibidos durante el tiempo o durante la afiliación del demandante, indicó que esta comisión de administración es aquella que cobran los fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% que ha realizado el demandante al sistema general de pensiones, los fondos de pensiones en general han descontado un 3%, para para cubrir estos gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en la ley.

Indica que en los casos en los cuales se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación y se condene a Porvenir S.A. a devolver el dinero de la cuenta ahorro individual del demandante a Colpensiones, únicamente considera que es procedente la devolución de los aportes de la cuenta ahorro individual, más los rendimientos financieros generados por la buena gestión del fondo de pensiones, pero no es viable que se ordene la devolución de lo que Porvenir S.A. ha descontado por gastos de administración, teniendo en cuenta que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, cómo está legalmente permitido frente a estos fondos de pensión.

4.2.2. En igual sentido se opuso a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, teniendo en cuenta que éstas también están debidamente autorizadas por la ley, en este sentido solicita se revoque lo relacionado con la devolución de las sumas adicionales y los gastos de administración a cargo de Porvenir.

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.:

Demandante en escrito obrante a folios 02 a 05 Archivo 06-PDF; Colpensiones en escrito obrante a folio 4 a 6 Archivo 05-PDF y la parte Porvenir a folios 01 a 05 Archivo 04-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

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".

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de el 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, 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?

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

2. Respuesta al primer y segundo 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 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 probatoria, 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 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 desvirtuarse 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.A.³, el formulario de afiliación⁴, la certificación de Asofondos⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶, 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, del 14 de diciembre de 1988 a 31 de octubre de 1994, donde cotizó 170 semanas.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 28 de octubre de 1994, la parte actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., siendo efectivo a partir del 01 de noviembre de 1994, hasta la fecha sigue cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, el demandante no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir el derecho a la pensión por vejez, no se le informó el valor de su pensión, ni la proyección

² Flios 36 a 37 Archivo 04 Anexos.Demanda.pdf

³ Flios 91- 113 Archivo 12ConstestacionDemandaPorveniir.pdf

⁴ Flio 79 ibidem

⁵ Flios 76 a 78 Archivo 12ConstestacionDemandaPorveniir.pdf

⁶ Flios 119 a 122 Archivo 12ConstestacionDemandaPorveniir.pdf

de la misma a la edad para pensionarse y así mismo escogiera la modalidad de pago de la misma, como tampoco se le informó que podría retractarse de su afiliación a dicho fondo. 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., señaló que la afiliación del demandante con Porvenir S.A., en el año 1994, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, garantizando siempre el derecho de retracto. Adujo que en todo caso, el demandante no puede pretender beneficiarse de una aparente condición de ignorancia cuando tuvo la posibilidad legal de traslado a lo largo de su vida laboral y solo hasta cuando evidenció que presuntamente el resultado final de su decisión no le era conveniente, buscó cobijarse del cambio de régimen pasando incluso por encima de las estipulaciones legales que imponen un límite al traslado. (Fls. 02 a 29 – Archivo 12 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, pues no le informó a cerca de 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). Ahora, el formulario de traslado suscrito por el actor, si bien 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. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el 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 despachara de manera desfavorable el argumento

de Porvenir S.A.

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 el 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, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, los gastos de administración y primas por seguros previsionales, 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 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 del *a quo* de ordenar al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado 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 tercer 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. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A., en favor del actor, teniendo en cuenta la no prosperidad del recurso de apelación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión 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 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
Cali-Vale
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales

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