



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-002-2019-00043-01
Juzgado de origen:	Segundo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Marlene Castañeda Rucco
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	154

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 el apoderado judicial de Colpensiones, contra la sentencia No. 041 emitida el 11 de febrero de 2022. 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 ineficacia o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores que hubiera recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con sus frutos e intereses. Finalmente pide lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (Folios 05 a 13– Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 83 a 92 – Archivo 01 PDF y 136 a 156 – Archivo 01 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 041 emitida el 11 de febrero de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones Colpensiones y Porvenir S.A. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la actora con la AFP Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el regreso de la demandante al RPM. **Cuarto**, ordenar a Porvenir S.A., una vez ejecutoriada la providencia, realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, tales como cotizaciones adicionales, frutos e intereses, es decir, con los rendimientos causados. **Quinto**, condenar a Porvenir S.A. y Colpensiones en costas y agencias en derecho.

3.1.2. Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expresó el deber de los fondos privados de otorgar la asesoría completa, clara y pertinente al momento de efectuar el traslado de régimen, además, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, Porvenir S.A debía demostrar que realizó dicha asesoría en los términos descritos por la ley. Concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia. Frente a la prescripción señaló que conforme a la jurisprudencia, la ineficacia de la afiliación no se extingue con esta figura; además, que se puede solicitar en cualquier momento.

4. La apelación.

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Solicita se modifique el numeral cuarto del fallo teniendo en cuenta que se ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todo lo que comprende la cuenta de ahorro individual de la parte actora, pero se omitió retornar debidamente indexados las sumas de dineros depositadas

en la misma, con el fin de salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera, por lo tanto, solicitó se adicione la providencia en este sentido.

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 presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 10, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado a 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, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales, y el porcentaje con destino 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?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

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".

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva** y al segundo interrogante es **negativa**. 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 parte 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 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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones² Porvenir S.A.³, del formulario de afiliación⁴ y del la certificación de Asofondos⁵, que la parte demandante 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 01 de julio de

² Flios 29 a 32 Archivo 01 – PDF

³ Flios. 33 a 48 y 162 a 216 Archivo 01 – PDF

⁴ Flio 25 y 157 a 158 – Archivo 01 – PDF

⁵ Flio 159 a 160 – Archivo 01 – PDF

1995⁶, efectuando cotizaciones hasta el año de 1996.

- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el 15 de agosto de 1996 la accionante se trasladó a Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1996 hasta el 30 de junio de 1998. Luego el 15 de mayo de 1998 se trasladó a Horizontes pensiones y cesantías, siendo efectiva desde el 01 de julio de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2013. Posteriormente, y en virtud de una cesión, el 01 de enero de 2014 fue trasladada a Porvenir S.A., siendo efectiva el **01 de enero de 2014**, 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, la parte actora no le fue brindado una asesoría plena, pues solo se limitaron a informarle las ventajas que ofrecía el fondo privado, pero nunca recibió información veraz y real sobre las consecuencias que le traería trasladarse de régimen pensional.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. en su escrito de contestación, indica que se le brindó a la actora, información verbal sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales. Dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar esa decisión. Luego de ello, la demandante decidió de manera libre y espontánea afiliarse al RAIS. (Flios 136 a 156 – 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 de este (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. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliada la parte accionante.

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado 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.

⁶ Aunque la parte actora indica que fue desde el mes de diciembre de 1988

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 parte 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 las cotizaciones y los rendimientos, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, sin que ello configure un enriquecimiento sin causa. Por tanto, deberá adicionarse la sentencia en este 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 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 efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que el afiliado estuvo vinculado a cada uno de los fondos privados del

RAIS, 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 adicionará el fallo de primer grado, en tal sentido.

3.2.3. Ahora, como se vio anteriormente, el 3% destinado para gastos de administración y seguros previsionales, así como el porcentaje para **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** debe reintegrarse, dada la ineficacia del acto ya que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Aunado a ello, en providencia SL183-2022 del 24 de enero de 20220, radicación No. 87891, se concluyó que “*en cuanto al segundo, tiene que ver con los valores objeto de devolución a favor de Colpensiones, puesto que otea la Sala que el Juez singular, **limitó las mismas únicamente a los aportes efectuados junto a los rendimientos financieros, empero, excluyó ordenar el pago e indexación de los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), y en consonancia a ello se adicionará el ordinal segundo del proveído consultado”.*

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.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se condenará en costas a Colpensiones dado la prosperidad parcial del recurso de apelación.

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 CUARTO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados.

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

TERCERO: SIN COSTAS de segunda instancia.

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 PARCIAL POR LA CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales

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



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-002-2019-00043-01
Juzgado de origen:	Segundo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Marlene Castañeda Rucco
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional


SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.

5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.

6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA