



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

29 de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-007- 2019-00591-02
Juzgado de origen:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Fernando Villareal Jurado
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	245

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 de Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 045 emitida el 07 de marzo 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 nulidad o afiliación del traslado y la vinculación que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A., trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos. Asimismo, solicitó el pago de las costas y agencias en derecho. (Págs. 04 a 10 – 01-PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A.

Colpensiones en escrito visible de folios 119 a 123, Porvenir S.A., y Colfondos a través de curador ad litem cuya contestación es visible de folios 137 a 140, todas en el mismo archivo PDF 01, 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. 045 emitida el 07 de marzo de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS. **Tercero**, la demandante deberá ser admitida nuevamente a Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. **Cuarto**, ordenar a Colfondos y Porvenir devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. **Quinto, Sexto y Séptimo** condena en costas a los demandados y por último concede el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró por parte de las AFP, haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del traslado, conforme los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; lo anterior, teniendo en cuenta que el formulario de afiliación no da cuenta de la voluntad informada del afiliado al momento de efectuar el traslado de régimen. Así, estando ante una afiliación desinformada, se genera como consecuencia, la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procedió a declarar la ineficacia del mismo.

4. Recurso de apelación

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

4.1. Colpensiones

Señaló que la demandante no cumple con la edad para poder realizar el traslado que solicita, en segunda medida no es de recibo que después de 20 años de estar disfrutando de los beneficios del RAIS venga a intentar una nulidad de la afiliación. La parte actora se ejecutó con la normatividad vigente para la época, y que la demandante expreso su consentimiento voluntario de pertenecer al régimen al que pertenecen hoy, decisión en la que Colpensiones no tuvo injerencia. Asimismo, se opone a la condena en costas.

4.2. Apelación Colfondos S.A.

Solicita se revoquen todas las condenas en contra de su representada, especialmente los gastos de administración y condenas accesorias, teniendo en cuenta que los gastos de administración están ceñidos a la Constitución y la ley, pues es un emolumento que ya está causado y utilizado por la gestión de administrar debidamente los recursos y la orden de devolver estos montos de manera indexada sería un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

4.3 Apelación Porvenir S.A.

Indicó que no comparte la tesis del Despacho de declarar la ineficacia del traslado, como quiera que su representada en todo momento ha dado estricto cumplimiento al deber de información, conforme a la normatividad vigente para el año 1995, adiciona que la demandante, de forma voluntaria, decidió cambiarse al RAIS, prueba de ello es el formulario de afiliación suscrito entre las partes, del cual carece de vicios de consentimiento.

Respecto de los gastos de administración y demás emolumentos a los que fueron condenados, considera que no es procedente la devolución de ellos, como quiera que estas son expensas que garantizan la administración, gestión y costos que por su naturaleza jurídica ya se encuentran consolidados, son obligaciones de hacer y son imposibles de retrotraer, de manera que solicita que el ad quem, revoque la providencia censurada.

5. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1. Parte demandante

Peticionó se confirme la sentencia recurrida, por encontrarse reunidos los requisitos jurisprudenciales para ello.

5.2. Colpensiones

Señaló que, para la época del cambio de régimen del actor, los fondos de pensiones no tenían la obligación de suministrar información, aunado que tampoco resulta procedente el traslado, debido a que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797 de 2003.

5.3. Porvenir S.A.

Guardó silencio en esta instancia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto del 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. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio?

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 las demandadas Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** es **negativa**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de

régimen pensional. Correspondía a los fondos privados 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. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.1.1 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.

2.1.2 Caso en concreto.

Para este caso, de la contestación de Colpensiones¹ y el formulario de afiliación², y del texto de la demanda, se desprende que, la accionante 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, del 06 de junio de 1989 a junio de 1997
- b. De julio de 1997 a junio de 2008 la accionante se trasladó a Porvenir S.A., y finalmente desde julio de 2008 hasta la fecha de presentación de la demanda continuó cotizando en Colfondos.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la demandante le fue informado que obtendría una mayor mesada pensional en el fondo privado. No le fue explicado las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas; así como tampoco el derecho a retractarse. Lo cierto es que, no le realizaron el estudio de su pensión. Desconoce los beneficios de rentabilidad, y no le fue explicado en qué consiste las pensiones entre los distintos regímenes, pues no tuvo asesoría clara.

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de

¹ Archivo 01 – PDF – Pagina 119 y ss

² Archivo 01 – PDF - Páginas 27

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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos 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 debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la actora se mantuvo varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, per se, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento del recurrente.

Finalmente, 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 las AFP 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 sostenido 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 de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A., que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la

orden de retornar las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio?

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere. Asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio. De igual manera, deberá proceder Porvenir S.A., respecto del tiempo que el demandante permaneció en dicho Fondo.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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.

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 los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren 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 la afiliada estuvo vinculada 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 lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.*

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

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 lo tanto, no le asiste razón a la parte recurrente.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

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. y Colpensiones, 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 lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a las entidades demandadas.

3. 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., Colfondos y a Colpensiones en favor del actor.

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.

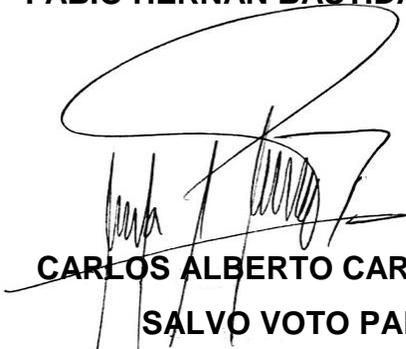
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades apelantes, Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **Fabio Hernán Bastidas Villota**

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

La entidad, pudiendo apelar la sentencia, mostro total conformidad con la decisión de instancia, al punto de solo apelar apuntando a lo que en su considerar le afecta de la condena, sin dolerse de los demás efectos de esa decisión frente a ella.

Por lo que no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resulta la consulta y el recurso excluyentes entre sí.

Argumentos estos que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021 y en decisión de tutela T-1092 DE 2012.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA