



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016- 2018-00535-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Eduardo Llano Domínguez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	170

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 las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 20 de julio de 2020. 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 que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos causados. Asimismo, lo ultra y extra petita, y las costas procesales y agencias en derecho (Fls. 45 a 47).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 68 a 71 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Agrega que la nulidad deprecada se encuentra prescrita. Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"PRESCRIPCIÓN"*, *"BUENA FE"*, *"IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR LO PRETENDIDO"* e *"INNOMINADA"*.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 96 a 116 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de recibir asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de: *"PRESCRIPCIÓN"*, *"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD"* *"COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* y *"BUENA FE"*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 20 de julio de 2020. En su parte resolutive decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A; **Segundo**, declarar la nulidad de la afiliación de la demandante con Porvenir S.A.; **Tercero**, ordenó a Colpensiones aceptar el regreso del señor Eduardo Llano Domínguez al régimen de prima media con

prestación definida; **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A. realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual del demandante; **Quinto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y **Sexto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no se demostró por parte de la 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, estando ante una afiliación desinformada, la cual genera como consecuencia la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procede declarar la ineficacia del mismo. Para finalizar, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Arguye que el demandante al momento del traslado no contaba con expectativa legítima frente al derecho pensional, por lo tanto, estaba cobijado de autonomía para cambiar de régimen. Agregó que bajo esas circunstancias no era posible concluir que dicho traslado pudiese ser perjudicial en un futuro; más cuando las características de cada régimen pensional son independientes y no pueden compararse el RAIS con el de prima media. Adujo también que el actor tenía el deber de informarse sobre las diferentes modalidades de pensiones.

4.1.2. Finalmente, señaló que cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para el año en que se trasladó, insistiendo en que el demandante recibió todo lo necesario para conocer las consecuencias de su traslado de régimen. Para ello, dijo que bastaba con la firma del formulario de afiliación, según el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, no siendo procedente imponer a la AFP la obligación de demostrar el cumplimiento de formalidades que no estaban vigentes al momento del traslado del actor.

Añadió que el demandante también estaba en el deber de informarse sobre sus condiciones pensionales. Por último, agregó que la acción se encuentra prescrita, pues tratándose de una nulidad del régimen no significa que se está frente a un derecho pensional; además explicó que lo discutido son actos de afiliación por una supuesta falta de información que no existió, y esas afiliaciones son susceptibles de prescribir. En consecuencia, requiere se revoque el fallo de primera instancia.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Manifiesta que a la actora no le asiste el derecho de trasladarse de régimen pensional, pues no se logró demostrar que hubiese sido engañada para tomar una decisión contraria a sus intereses, tampoco medió fuerza ni coacción; agregó que la demandante permaneció en el RAIS por años sin comunicar alguna inconformidad.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Las apoderadas 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. Porvenir S.A.:

Replicó argumentos similares a los señalados en el recurso de apelación. Señaló que proporcionó al demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual. Que el actor contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo.

5.1.2. Colpensiones:

Ratificó los argumentos esbozados en el recurso de apelación. Expresó que el traslado a la fecha goza de plena validez. Que es una potestad única y exclusiva

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".

del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez

5.1.3. **Parte demandante:**

El demandante Eduardo Llano Domínguez, guardó silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

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 De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿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, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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 será **positiva y al segundo 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 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.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1.1. 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.

2.1.2. 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.

2.1.3. 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.

2.1.4. 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.

2.1.5. 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).

2.1.6. 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 y el Decreto 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.

2.1.7. 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*”.

2.1.8. 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.

3. Caso en concreto.

3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones² y Porvenir S.A.³, del formulario de traslado al RAIS⁴ y del certificado emitido por Colpensiones⁵; que el demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

3.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 13 de marzo de 1981 al 31 de octubre de 1995 (Fls. 7 a 8 Archivo 01 – PDF).

3.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado a folio 04, y de la historia laboral de Porvenir S.A. (Fls. 10 a 14 y 15 a 31), el 20 de noviembre de 1996 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte S.A.. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de diciembre de 1995**. fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción, no recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, no se le informó de la trascendencia de la decisión, como tampoco se proporcionó asesoría clara y acertada. Esas omisiones lo indujeron a firmar el formulario de traslado. Ello, a pesar de que la AFP tenía el deber de suministrar información diligente respecto de los pro y contra del traslado.

3.3. 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

² Fls. 8 a 9.

³ Fls. 15 a 21.

⁴ Fls. 4 a 6.

⁵ Fl. 9.

brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Fls. 96 a 115).

3.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Flo. 4), 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.

3.5. En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no demostró la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión. 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).

3.6. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en los recursos de apelación. Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la afiliación del accionante se mantuvo por varios años en el RAIS y, por ende, validó su afiliación. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Porvenir S.A.

3.8. 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 la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

3.9. 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 al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

4.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, porcentaje destinado a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales. Por ende, se adicionará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1.1 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.

4.1.2. 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 debidamente indexado (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

4.1.3. En consecuencia, al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera instancia, se observa que el *A quo* no condenó a la AFP Porvenir S.A. por éstos últimos conceptos. Por tal motivo, se adicionará la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en dicho sentido.

5. 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. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y en favor de la actora. No hay lugar a imponer costas a cargo de Colpensiones, dada la prosperidad parcial del recurso de apelación. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 ordinal **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.** trasladar, a costa de su propio patrimonio, todas las sumas de dinero descontadas por concepto de “**gastos de administración**”, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje de los seguros previsionales, y “**sumas adicionales**”, debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.


TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de la apelante 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
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento parcial de voto)


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