



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-015-2019-00241-01
Demandante:	María Liliana Millán Cardona
Demandado:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Juzgado:	Juzgado Quince Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	165

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia No. 102 del 09 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Como antecedentes fácticos, relevantes y procesales, se tienen los contenidos en la demanda visible en los folios 3 a 10 del expediente digitalizado del Cuaderno del Juzgado; las contestaciones militantes a folios 62 a 66, por parte de Colpensiones, y la realizada por Porvenir S.A. militante a folios 93 a 111 del expediente virtual del Cuaderno del Juzgado, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

2. Decisión de primera instancia

2.1. Por medio de la Sentencia No. 102 del 09 de marzo de 2020, el *A quo* decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado que del Régimen de Prima Media, administrado por el Seguro Social, efectuó la señora María Liliana Millán Cardona al RAIS administrado por Porvenir S.A.; **Tercero**, ordenar a Colpensiones a vincular a la demandante en el Régimen de Prima Media, como si nunca hubiera estado en el RAIS; **Cuarto**, ordenar al fondo privado a devolver a Colpensiones, todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorros de la parte actora, incluidos los bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados; y **Quinto**, condenó en costas a Porvenir S.A. y exoneró a Colpensiones del pago de las mismas.

2.2. Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que, a pesar de que no se reflejan aportes al ISS en la historia laboral de la señora María Liliana Millán Cardona, conforme al formulario de afiliación al RAIS allegado por Porvenir S.A., se evidenció que la actora se encontraba afiliada a Colpensiones antes del año 1994; en virtud de lo anterior, adujo que era obligación del fondo privado probar, en el devenir del proceso, que le brindó la información completa, necesaria y suficiente a la demandante, para que pudiese decidir sobre el traslado, conociendo todas las consecuencias de su decisión; sin embargo, como quiera que Porvenir S.A. no logró demostrar que cumplió con su deber de información, era necesario declarar la ineficacia del traslado con las consecuencias económicas que ello implica.

3. La apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación.

3.1 Apelación Porvenir S.A.

3.1.1. El apoderado señaló, en resumen, que en el presente asunto no se puede declarar la ineficacia del traslado o la nulidad del mismo, lo anterior en atención a que la demandante nunca estuvo afiliada al ISS y que su única vinculación fue con Porvenir S.A., que como consecuencia de ello, no se puede ordenar devolver las cosas al estado en que se encontraban; puesto que la vinculación a Colpensiones que aparece registrada, se dio en virtud al fenómeno de multifiliación, la cual fue definida en Comité,

estableciéndose en el mismo que la accionante se encontraba válidamente afiliada a Porvenir S.A.

3.1.2. Como consecuencia de lo anterior, insistió en que se debe entender que el fondo cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para el año en que se afilió la actora, por lo que no es procedente imponer a la AFP la obligación de demostrar el cumplimiento de formalidades que no estaban vigentes al momento del traslado, añadiendo que la demandante también estaba en el deber de informarse sobre sus condiciones pensionales.

3.1.3. Finalmente, refirió que no era posible devolver todos los recursos descritos en la Sentencia, ya que, al haberse declarado la ineficacia del traslado, debía entenderse que la entidad nunca administró los aportes de la afiliada, y en ese sentido, no se generaron los rendimientos, aunado a que los gastos de administración y comisiones fueron invertidos a fin de incrementar el capital del demandante.

4. Trámite de segunda instancia

4.1. 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 2020, se pronunciaron, así:

4.1.1. Parte demandante

Ratificó los hechos y pretensiones de la demanda. Manifestó que el fondo faltó a su deber de información, configurado en engaños, silencios y omisiones al momento del traslado de la demandante. Agregó que las comparaciones que se hicieron entre el RAIS y el RPM fueron parciales, puras y simples, lo que llevaron a la actora a optar por el traslado de régimen pensional.

4.1.2. Porvenir S.A.

Insistió en que el fondo cumplió con el deber de información, pues otorgó a la demandante la asesoría completa sobre los beneficios y consecuencias del cambio de régimen pensional. Adujo que la verdadera inconformidad de la demandante se debe a razones de carácter económicas frente a su expectativa del monto pensional, y no por la falta de

información. Expresó que no resulta viable la devolución de aportes, rendimientos y gastos de administración, teniendo en cuenta que, como resultado de la ineficacia, se debe entender que dichos dineros nunca existieron, más cuando dichas sumas fueron utilizadas para el cumplimiento de su objetivo. Finalmente, propuso la excepción de prescripción de la acción de nulidad y solicitó al Tribunal Superior de Cali revocar la sentencia de primera instancia en su totalidad.

4.1.3. Colpensiones

Arguyó que el traslado de la accionante cuenta con plena validez, pues surgió como resultado de la potestad única y exclusiva del afiliado. Informó que, para la fecha de la admisión de la demanda, la actora contaba con 58 años de edad; por lo tanto, se encuentra en la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional. Trajo a colisión la Sentencia C-086 de 2002, para fundamentar la inexistencia de engaño alguno al momento del traslado; en consecuencia, solicitó se absuelva de las pretensiones a la Administradora Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

- 1.1. ¿La demandante se encuentra inmersa en un conflicto de multifiliación?
- 1.2. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
- 1.3. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento, ¿fue acertado ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos, incluidos los bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados?
- 1.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta al primer problema jurídico

2.1. La respuesta al primer interrogante es **negativa**. La demandante no se encuentra inmersa en un conflicto de afiliación múltiple entre Porvenir S.A. y Colpensiones, teniendo en cuenta que dicho fenómeno fue resuelto por la Superintendencia Bancaria, según consta en el oficio del 11 de enero de 2006 allegado al expediente, en el cual se estableció que la señora María Liliana Millán Cardona se encuentra *válidamente vinculada al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A.*, de conformidad con el Decreto 692 de 1994. (Fls. 120 a 122, archivo 01 ED)

2.2. Para fundamentar lo anterior, resulta oportuno recordar que el artículo 15 del aludido Decreto señala un término de tres años contados desde la fecha de la afiliación anterior para realizar el traslado de régimen; por su parte, el artículo 17 prohíbe las multiplicidad de vinculaciones, y prevé que, cuando el afiliado cambie de régimen fuera del plazo legal previsto, la última vinculación efectuada es la única válida, las demás no serán legítimas, debiéndose transferir la totalidad de saldos a la administradora de afiliación válida.

2.3. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL552-2020, señaló que para fijar los plazos para la procedencia del traslado: *“(i) en el caso en el que los afiliados estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, podían continuar automáticamente suscritos en dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; (...)”*

2.4. Bajo este panorama normativo, según consta en la historia laboral expedida por Colpensiones¹, en concordancia con el resumen de la historia laboral de Porvenir S.A.², se logra evidenciar que la actora se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el ISS -hoy Colpensiones- desde el 13 de septiembre de 1985, hasta el 01 de abril de 1994; posteriormente, suscribió formulario de afiliación y traslado a Porvenir S.A. el 02 de septiembre de 1994³; sin embargo, continuó efectuando cotizaciones a Colpensiones, configurando de esta forma en la multifiliación. Al dirimirse el conflicto de pluralidad de afiliaciones, la Superintendencia Bancaria resolvió que los dineros consignados en el ISS, correspondientes a los aportes efectuados entre **septiembre de 1994 a diciembre de 2005**, debían ser transferidos a Porvenir S.A.⁴ De lo anterior, no se puede colegir, como lo pretende el apelante, que la primera vinculación de la demandante corresponde al fondo privado, puesto que se entiende que continúa siendo legítima la

¹ Fls. 1 a 7, expediente administrativo, PDF.

² Fls. 199 a 206, archivo 01, expediente digital.

³ Fl. 119, archivo 01, expediente digital.

⁴ Fls. 120 a 122, archivo 01, expediente digital.

afiliación efectuada al ISS, desde el 13 de septiembre de 1985 y hasta el 01 de abril de 1994, de la cual se efectuó el posterior traslado de régimen.

3. Respuesta al segundo problema jurídico

3.1. La respuesta al segundo 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 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.

3.2. Como fundamento de la tesis mencionada, se tiene que, 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.

3.3. 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.

3.4. 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.

3.5. 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.

3.6. 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).

3.7. 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.

3.8. 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*”.

3.9. 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.

4. Caso en concreto.

4.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones⁵ y Porvenir S.A.⁶, de los formularios de traslados de régimen pensional⁷ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁸, se desprende que la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

Trámite	AFP origen	AFP destino	Fecha del formulario	Folio
Traslado	ISS – hoy Colpensiones	Porvenir S.A.	02/09/1994	119, archivo 01, pdf
Traslado	Porvenir S.A.	Horizonte S.A.	27/03/1998 y 15/04/1998	117 y 118, archivo 01, pdf
Traslado	Horizonte S.A.	Porvenir S.A.	31/05/1999	116, archivo 01, pdf

4.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS la promotora de la acción fue inducida al error mediante engaños, pues se le indicó que el ISS iba a desaparecer; 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 y engaños la 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. (Fls. 3 a 10, archivo 01 del ED)

4.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Luego, no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Fls. 93 a 111).

4.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que hubiese brindado a la demandante, la

⁵ Fls. 1 a 7, expediente administrativo, PDF.

⁶ Fls. 199 a 206, archivo 01, expediente digital.

⁷ Fls. 116 a 119, archivo 01, expediente digital.

⁸ Fl. 112 a 115, archivo 01, expediente digital.

información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. 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 (Fls. 199 a 206), 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 afiliada la accionante.

4.5. En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no logró probar 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).

4.6. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en el recurso de apelación. Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación de la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Porvenir S.A.

4.7. En consecuencia, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por la señora María Liliana Millán Cardona al RAIS, que se hizo efectivo a partir del **02 de septiembre de 1994** (Fl. 119, archivo 01, ED). Por tanto, se confirmará el fallo de primer grado.

5. Respuesta al tercer problema jurídico.

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 y las sumas adicionales. Por ende, se confirmará la sentencia en este sentido.

5.1. Lo anterior, teniendo en cuenta que, 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.

5.2. 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).

5.4. En consecuencia, se confirmará en su totalidad la parte resolutive de la sentencia de primer grado.

6. 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, comprende también el traslado de los gastos de administración y demás conceptos objeto de devolución al RPM. 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., en favor de la actora.

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 sentencia apelada y consultada No. 102 del 09 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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, por lo antes expuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


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