



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

**MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-009-2020-00058-01
<b>DEMANDANTE:</b>	RAFAEL MOTTA PINILLA
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Consulta y Apelación Sentencia No. 258 del 29 de septiembre del 2020.
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Ineficacia de Traslado de Régimen
<b>DECISIÓN</b>	ADICIONA y CONFIRMA
<b>SENTENCIA:</b>	<b>No. 163</b>
<b>FECHA:</b>	Veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

**I. ASUNTO**

La Sala procede a proferir sentencia escrita, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo no apelado por esta última, respecto de la sentencia de primera instancia No. 258 del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **RAFAEL MOTTA PINILLA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-009-2020-00058-01**.

**II. ANTECEDENTES**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 03 a 10, la contestación militante en

los folios 83 a 91 por parte de **COLPENSIONES** y la contestación por parte de **PORVENIR S.A.** adjunta en el documento No. 06; piezas procesales que se encuentran adjuntas en el expediente digital 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.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia, mediante Sentencia No. 258 del 29 de septiembre del 2020, en la que resolvió: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y declaró la ineficacia del traslado del señor **RAFAEL MOTTA PINILLA** del régimen de prima media con prestación definida, gestionado por **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Como consecuencia de lo anterior, condenó a **COLPENSIONES** a admitir al demandante sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado; además, ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, con sus respectivos rendimientos financieros y condenó en costas a la parte pasiva del proceso.

Como fundamento de la decisión, la *A quo* indicó que la AFP no cumplió con la carga probatoria que le incumbe respecto a demostrar que al momento del traslado de régimen brindó al demandante toda la información completa y detallada de las consecuencias que el traslado traería, no solo en el momento mismo de la afiliación sino a futuro sobre los riesgos, aportes, inversiones y proyecciones en ambos regímenes. Tampoco demostró que le hubiese advertido al actor, que estaba por cumplirse el tiempo límite para tomar una decisión sobre el traslado de régimen, según lo establecido en el inciso 3 literal b) art.3 del Decreto 1161 de 1994 y Decreto 3800 de 2003; advirtió que el demandante no tiene derecho al régimen de transición, ya que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía cotizadas 750 semanas, por lo tanto, declaró la ineficacia del traslado y ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones y rendimientos.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** señaló que, el demandante nació el 21 de agosto de 1962 hoy cuenta con 58 años de edad, es decir, es candidato para acceder a la pensión de vejez. Aunado a ello, se demostró que se afilió al ISS hoy **COLPENSIONES**, posteriormente, en el año 2003 decidió trasladarse del RPM al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**; lo que quiere decir que el actor se encuentra en la prohibición expresa del artículo 02 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que, el demandante debía demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse del RAIS, tampoco probó que se hubiese configurado vicios en el consentimiento o mala fe como alega en la demanda. Advirtió que al momento de la afiliación, es imposible prever los IBC en los cuales cotizaría el actor en el futuro y calcular una futura mesada pensional en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar a los reportados en su historia laboral a la fecha.

Finalmente, mencionó que, se debe tener en cuenta el formulario de afiliación firmado por el demandante y su permanencia en el RAIS por 17 años sin realizar ninguna situación de inconformidad; por lo anterior, solicitó al TSC que se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad, para que en su lugar, se absuelva a **COLPENSIONES**.

## 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:

### PARTE DEMANDANTE

Indicó que la afiliación al RAIS no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues la AFP no suministró suficiente información sobre los riesgos, las ventajas y desventajas que implicaban el traslado de régimen, que le permitieran tomar una decisión informada que afectaría su derecho pensional; en consecuencia, se debe

declarar la ineficacia del traslado y ordenar devolver dineros en la cuenta individual del actor.

## COLPENSIONES

Señaló que no es procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar recibir en el RPM al demandante, teniendo en cuenta que superó el tiempo límite para trasladarse de régimen pensional, pues se encuentra en la edad para acceder a la pensión. Agregó que el actor no demostró vicios en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación con el fondo privado y que advirtió que es provenir quien debe reconocer la prestación de vejez al afiliado.

La demandada Porvenir S.A. no presentó alegatos de conclusión.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso interpuesto, los problemas jurídicos a resolver se centran en establecer; primero, si la AFP **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber de información al momento en que se efectuó la afiliación del señor **RAFAEL MOTTA PINILLA** y, en consecuencia, si procede o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante desde el RPM al RAIS; segundo, si se encuentra ajustada a derecho la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR** hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante.

## CONSIDERACIONES

Se advierte que, con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

La sentencia apelada y consultada debe **ADICIONARSE** y **CONFIRMARSE**, son razones:

En el caso de autos no es materia de debate que: **1)** Que el señor **RAFAEL MOTTA PINILLA** se afilió en materia de pensiones al ISS, realizando aportes desde octubre de 1988 hasta junio de 1992, según consta en la historia laboral del expediente administrativo allegado por **COLPENSIONES** (Archivo No.02 ED). **2)** Que en el 20 de noviembre de 2003 el demandante suscribió formulario de traslado

al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** (Archivo No. 06 ED). **3)** Que el actor elevó solicitud de traslado de régimen del RAIS al RPM, a **COLPENSIONES**; sin embargo, éste fue resuelto de forma negativa (f.19 Archivo No.01 ED).

## 1. INEFICACIA DEL TRASLADO

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que, la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.**

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y

31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452 rad. 68.852 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es quien conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, **PORVENIR S.A.** no probó a pesar de recaer en ella la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al promotor de la acción.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado con **PORVENIR S.A.** (Archivo No. 06 ED), **única prueba**

**acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales al momento del cambio de fondo y régimen pensional. Aunado a ello, no se allegó otro material probatorio que permitiera llegar al convencimiento del juzgador en cuanto al cumplimiento al deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría; tal como lo ha establecido la CSJ en su jurisprudencia, donde hace un recuento, en la sentencia SL687-2021, de la evolución normativa sobre tal obligación de información a cargo de las AFP, el cual se sintetizó así:

<b><i>Etapa acumulativa</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información,</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener</i>

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

Súmese a lo dicho que, si bien el actor lleva más de 18 años afiliado al RAIS, este hecho por sí solo no le otorga la razón a **COLPENSIONES**, pues debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó del actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos, los gastos de administración e incluso las comisiones**, cuestión por la que habrá de modificarse la decisión de primera instancia, a fin de precisarlo en esos términos.

Sobre la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, es menester indicar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

**“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Lo anterior permite concluir que, contrario a lo expuesto por la apoderada de **COLPENSIONES**, la AFP **PORVENIR S.A.** no cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz sobre el traspaso de régimen pensional del señor **RAFAEL MOTTA PINILLA**, cuyo efecto inmediato a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

En conclusión, para esta Corporación se encuentra ajustada a derecho la decisión de la A quo y se confirmará la sentencia proferida en primera instancia. De igual forma, al no salir avante el recurso interpuesto por **COLPENSIONES**, se le impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1SMLMV.

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 y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada No. 258 del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, en el entendido de **ORDENAR** que dentro de los recursos económicos a devolver por parte de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES**, se deben incluir los gastos de administración, comisiones y sumas adicionales.

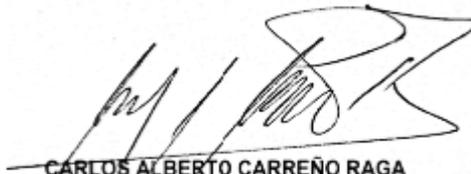
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada No. 258 del 29 de septiembre del 2020.

**TERCERO: COSTAS** de esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
actos judiciales  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Vale  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**

  
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(Salvamento de Voto Parcial)**

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