



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-001- 2020-00290-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Judith Ortiz Mena
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	188

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 21 de enero de 2021. 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 del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a que traslade a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo intereses y demás valores. Asimismo, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita, y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 9 a 10).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 2 a 11 (Archivo 09 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*LA INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y la “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 1 a 27 (Archivo 11 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la 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*”.

2.3. Intervención Ministerio Público.

Mediante escrito visible a folios 1 a 7 (Archivo 08 PDF), señaló que es a Porvenir S.A. a quien le corresponde probar que, en el proceso de traslado de régimen pensional, cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los

requisitos legales y los parámetros jurisprudenciales. Por consiguiente, solicita se absuelva a Colpensiones y no se condene en costas.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 21 de enero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con Porvenir S.A.; en consecuencia, declaró que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Tercero**, ordenó a Porvenir S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos; como también el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones aceptar el regreso de la señora Judith Ortiz Mena al régimen de prima media con prestación definida. **Cuarto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones en favor de la actora. **Quinto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 15 PDF – Fls. 1 a 4)

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, 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. Señaló, además, que debe devolverse todos los valores que haya recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hayan causado, así como el porcentaje de los gastos de administración.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que a la actora no le asiste el derecho de trasladarse de régimen pensional, pues se causaría un traumatismo para el Estado generándose una inestabilidad jurídica y financiera. Finalmente solicita, se revoque la condena en costas, pues no obra negligencia en su actuar toda vez que la negativa se ajustó a las previsiones legales.

4.3. Apelación Porvenir.

Solicita se revoque los numerales segundo, tercero y quinto de la sentencia de primera instancia. Manifiesta que esa AFP cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal presupuestaba para la época del traslado de la actora, insistiendo en que la demandante recibió todo lo necesario para conocer las consecuencias de su traslado de régimen. Añadió que la señora Judith Ortiz Mena también estaba en el deber de informarse sobre sus condiciones pensionales.

Agregó que, no hay lugar a devolver los gastos de administración, toda vez que esas sumas de dinero fueron descontadas conforme lo señala el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y fueron utilizadas para generar rendimientos. Señaló que retornar las sumas de dinero a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la demandante.

Finalmente indicó que la acción se encuentra prescrita, pues tratándose de una nulidad del régimen no significa que se está frente a un derecho pensional. En consecuencia, requiere se revoque el fallo de primera instancia.

5. Trámite de segunda instancia

5.1.1. Porvenir S.A.:

En el término legal, señaló que a la actora le fue suministrada información clara y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al

RAIS. Que contó con varias oportunidades para revertir su decisión y, pese a ello, no lo hizo. Que no es viable que se ordene a la AFP Porvenir S.A. la devolución de gastos de administración, por cuanto dichos rubros ya se agotaron por haber sido destinados al cumplimiento de su objetivo. Finalmente señala que la acción se encuentra prescrita.

5.1.2. Colpensiones:

Dentro del término legal, replicó argumentos similares a los esbozados en su contestación y en el recurso de apelación. Indicó que la actora permaneció por más de 16 años en el RAIS. Por tal motivo, su afiliación tiene plena validez por tratarse de una potestad única y exclusiva de la afiliada. Que no se logró demostrar vicio alguno en que haya incurrido esa entidad. Finalmente, señala que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

5.1.3. Parte demandante:

Dentro del término legal, solicitó se confirmara el fallo de primer grado. Que el traslado se realizó sin recibir información clara y suficiente por parte del Porvenir S.A., de los efectos que generarían el cambio de régimen en su pensión.

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?

1.5. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

4. Respuesta al primer y segundo interrogante.

4.1. 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.

4.2 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.

4.3 Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², del formulario de traslado al RAIS³ y de la certificación de Asofondos⁴; que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

¹ Fls. 53 a 58 Archivo 01 PDF y Archivo 10 PDF.

² Fls. 43 a 51 Archivo 01 PDF y 74 a 91. Archivo 11 PDF

³ Fl. 72. Archivo 11 PDF

⁴ Fls 70-71. Archivo 11 PDF

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 13 de junio de 1984 al 31 de diciembre de 2005 (Fls. 53 a 58 Archivo 01 – PDF y Archivo 10 de PDF).
- b. Según el formulario de vinculación o traslado a folio 72, y de la historia laboral de Porvenir S.A. (Fls. 43 a 51 Archivo 01 PDF y 74 a 91 Archivo 11 PDF), el 17 de noviembre de 2005 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de enero de 2006**, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora 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. Que esas omisiones lo indujeron a firmar el formulario de traslado.

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, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Fls. 1 a 27).

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 del mismo (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 (Flo. 72), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP.

Tampoco es de recibo el reproche concerniente 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.

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.

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 actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

5. Respuesta al tercer problema jurídico.

5.1. 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 para los seguros previsionales y al Fondo de garantía de pensión mínima. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

5.2. 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.

5.3. 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).

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.

7. Respuesta al quinto problema jurídico

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. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas a las entidades accionadas.

8. 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 Colpensiones y Porvenir S.A. y en favor de la actora. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, para cada una. 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones 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,
para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
FABIO HERNÁN 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)