



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012-2019-00684-01
Juzgado de primera instancia:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Olga Lucia Gallego Álvarez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	199

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No. 251 emitida el 19 de noviembre 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 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, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de

los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Páginas 37 a 44 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 59 a 66 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso. Propuso las excepciones de fondo de: “LA INNOMINADA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memoriales visibles a páginas 99 a 121¹ y 3 a 4² del expediente digital, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el traslado de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, por lo cual, procedió de manera voluntaria a suscribir el formulario de traslado. Aduce que se pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito, las de: “PRESCRIPCIÓN”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 251 del 19 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la actora al RAIS, conservándose, en consecuencia, en el Régimen de Prima Media administrado actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad. **Tercero**, condenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes que tiene en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

¹ Archivo 01 – PDF.

² Archivo 05 – PDF.

como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos mencionados. **Cuarto**, absolvió en costas a Colpensiones. **Quinto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que dentro del proceso no se demostró por parte del fondo privado, haber cumplido con el deber de información debida y necesaria al momento del traslado de régimen pensional. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

4. Recurso de apelación Porvenir S.A.

Requirió se revoquen las condenas impuestas por la juzgadora de primer grado. Alude que **no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado** de régimen pensional, toda vez que el consentimiento informando para la libre escogencia del régimen, se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación como lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la actora, quien se presume una persona capaz. En dicho escenario, tiene operancia el principio de la voluntad privada que se dio al momento de vinculación y al permanecer en el RAIS durante todos esos años.

Agrega que, en la asesoría verbal que se le brindó a la accionante, se le dio información clara, precisa y suficiente de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993. Asimismo, resaltó que dicha AFP siempre ha contado con personal capacitado frente a cada uno de los regímenes. De no ser así, la demandante no se hubiera trasladado de régimen. La afirmación de que dicho cambio obedeció a que el I.S.S. se iba a terminar, se desvirtúa con su permanencia en el RAIS. Por ende, la accionante nunca fue asaltada en su buena fe y tampoco se la indujo a error. Por último, recalcó que no se dan los presupuestos del artículo 271 *ibidem* para declarar la ineficacia del traslado de régimen. Ello, puesto que no se demuestran actuaciones dolosas atribuibles al fondo privado.

Manifiesta que cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad, como los que se alegan en el *sub lite*, debe entenderse como nulidad relativa, la cual es saneable y prescriptible. Frente a esta, debió demostrarse el error, la fuerza o

dolo, situación que no se probó por activa. En consecuencia, no se estructura la ineficacia ni la nulidad de la afiliación de la demandante.

Por otro lado, indicó su inconformidad de trasladar los **bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora**, toda vez que no se verifica que existan dichos conceptos en la cuenta individual de la actora. Estos solo se dan por pensión de invalidez o sobrevivencia.

En lo referente a los **rendimientos**, resulta inequitativo con la AFP, por cuanto la despoja de las sumas causadas por su labor de administración. Tampoco se aviene procedente el traslado de **gastos de administración**, rubro que está direccionado a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones que hacen parte del Sistema General de Pensiones. Esa comisión no es del afiliado y, su devolución, genera un enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido en favor de Colpensiones.

En aplicación de la figura de restituciones mutuas, no es procedente ordenar a la AFP asumir el valor de la comisión de administración. Ello, constituye una violación al principio constitucional de confianza legítima.

Finalmente, requiere se analice la procedencia del **fenómeno prescriptivo** frente a dichos rubros.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. 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:

5.1.1. Parte demandante.

Ratificó los argumentos expuestos en el libelo demandatorio. Señaló que la AFP Porvenir S.A., no demostró haber suministrado al actor una información clara, cierta, comprensible y oportuna para el cambio de régimen pensional.

5.1.2. Porvenir S.A.:

Argumentó que, no se acreditó en el *sub lite* la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte actora. Tampoco se demostró ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C. Por tanto, el acto jurídico de vinculación con esa AFP resulta válido. Asimismo, se omitió probar los presupuestos para declarar la ineficacia. Insistió en haberle dado al demandante la información suficiente al momento del traslado, lo que se refleja con la suscripción del formulario de vinculación. En consecuencia, solicitó se revoque la providencia de primera instancia.

5.1.3. Colpensiones guardó silencio en el término conferido 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 ¿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, bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora?

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

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *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.

2.2. 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones³ y Porvenir S.A.⁴, del

³ Archivo 01 – PDF - Páginas 5 a 6. / Carpeta 02 – Expediente Administrativo – Historia laboral.

⁴ Archivo 01 – PDF - Páginas 11 a 18 y archivo 05 PDF, páginas 11 a 17.

formulario de traslado de régimen pensional⁵, del certificado de información laboral para bono pensional⁶ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁷, se desprende que la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 22 de diciembre de 1981 al 14 de julio de 1994.

b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 29 de mayo de 1998 la accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Colpatria. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de julio** del mismo año. Luego, por cesión con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., se trasladó a ésta última AFP, el 29 de septiembre de 2000. Finalmente, Porvenir S.A. absorbió a la última administradora pensional, teniendo como afiliada a la demandante desde el 1° de enero de 2014, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, no se le brindó a la promotora de la acción, la información necesaria respecto de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Tampoco se suministró los cálculos y proyecciones donde se evidenciarán los pro y los contra que iba a tener en el RAIS y RPM. Aduce que simplemente hicieron énfasis en que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer y, por ende, las cotizaciones en el RPM se podrían perder.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. en su escrito de contestación, indica que el traslado de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, por lo cual, procedió de manera voluntaria a suscribir el formulario de traslado. Aduce que se pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

2.3.4. 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

⁵ Archivo 01 – PDF – Página 122.

⁶ Archivo 01 – PDF - Páginas 7 a 8.

⁷ Archivo 05 – PDF – Página 21.

régimen de transición, de ser beneficiaria 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, 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.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltaban 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 al fondo privado.

Nótese además, que contrario a lo señalado por la recurrente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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 se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de

administración, primas, porcentaje del Fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, entre otros, con todos sus frutos e intereses.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. 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 otras.

3.2.2. 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).

3.2.3. Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No.

78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse como las demás sumas que existan en la cuenta del afiliado.

4. Respuesta al tercer 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, de manera evidente, cobija a los conceptos que debe la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de recurrente y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. 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. y 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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
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)