



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009-2020-00174-01
Juzgado de primera instancia:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Myriam Cecilia Mora Ortiz
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	210

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 Colpensiones, contra la sentencia emitida el 10 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 la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. traslade a Colpensiones los aportes, con los rendimientos

causados. Asimismo, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 PDF – Fls. 3 a 4).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 02 a 11 (Archivo 10 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el traslado se ajustó a derecho y es una potestad única y exclusiva del afiliado. Agrega que lo pretendido no es procedente por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse. Propuso las excepciones de fondo de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS*”, “*FALTA DE TÍTULO Y CAUSA*” y “*SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES*”

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 2 a 24 (Archivo 20 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, voluntaria y sin presiones. Que recibió 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. La *A quo* dictó sentencia en audiencia del 10 de noviembre de 2020. 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. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso de la señora Myriam Cecilia Mora Ortiz al régimen de prima media con prestación definida, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A. que traslade los aportes con los rendimientos financieros. **Quinto**, ordenó a Colpensiones que cargue de la historia laboral de la actora, los aportes una vez le sean devueltos. **Sexto**, ordenó a Porvenir S.A. que

traslade los bonos pensionales, si los hubiera recibido, a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **Séptimo**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a favor de la actora. **Octavo**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 26 PDF – Fls. 1 a 5)

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 para que no la indujera a un error. Que se generó un engaño, cuando fue orientada a trasladarse al fondo pensional sin conocerse las consecuencias que generaría dicho traslado. De esta manera, manifestó que se invierte la carga de la prueba y corresponde a Porvenir S.A. probar que actuó de manera diligente. Frente a la excepción de prescripción, señaló que, por tratarse la afiliación a un determinado régimen pensional de un derecho inherente a la pensión, el mismo no prescribe.

4. La apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que la afiliación a Porvenir S.A. se hizo de forma, libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para informarse del régimen más conveniente. Señaló que no puede predicarse existencia por error del vicio del consentimiento, pues tal situación no fue desvirtuada por la demandante. Agrega que no está conforme con la condena en costas, pues actuó conforme a un deber legal.

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.:

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".

Reiteró que cumplió a cabalidad la obligación de dar información a la demandante, en los términos y condiciones establecidas para la época en que se afilió. Que la demandante de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como quedo expresado en el formulario de afiliación se trasladó al RAIS.

5.1.2. **Colpensiones:**

Replicó argumentos similares a los de su contestación y alzada. Señaló que la parte actora, no podrá trasladare de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Que no hay lugar a que se le conceda la ineficacia y/o nulidad del traslado. En cuanto a la condena en costas, debe tenerse en cuenta que actúo conforme a un deber legal

5.1.3. **Parte demandante:**

Solicita se confirme la sentencia de primera instancia. Indicó que no se suministró información suficiente al momento de realizar su traslado de régimen pensional. No se explicó los efectos que le ocasionaría dicho cambio, teniendo en cuenta que dichos fondos eran los obligados a ofrecer la asesoría necesaria, la cual va desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional.

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, se ordene el traslado de las cotizaciones y rendimientos financieros?

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

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la historia laboral de Colpensiones², Porvenir S.A.³, el certificado de información laboral para bono pensional⁴, de la certificación de Asofondos⁵ y del formulario de traslado al RAIS⁶; que la demandante 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 08 de junio de 1984 al 30 de abril de 2005 (Fls.09 a 18, 38 a 52 Archivo 11 PDF).
- b. Según el formulario de vinculación o traslado a folio 70 Archivo 20 PDF y de la historia laboral de Porvenir S.A. (Fls. 28 a 40 Archivo 03 PDF y 73 a 128 Archivo 20 PDF), el 29 de marzo 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 mayo de 2005**, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción recibió una mala asesoría, sin ser clara y acertada. No recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, las ventajas y desventajas, no se le informó de la trascendencia de la decisión. Que esas omisiones la 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. 2 a 24 Archivo 20 PDF).

2.3.3 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. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la

² Fls. 09 a 18, 38 a 52 Archivo 11 PDF

³ Fls. 28 a 40 Archivo 03 PDF y 73 a 128 Archivo 20 PDF

⁴ Fsl 129 a 133 Archivo 20 PDF

⁵ Fls 66 a 67 Archivo 20 PDF

⁶ Fls. 70 Archivo 20 PDF

escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (flfo 70 Archivo 20 PDF), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. 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).

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.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es parcialmente **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros y bonos pensionales; sin embargo, debe adicionarse con la orden de retornar los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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 otros.

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. De igual forma ocurre con el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, deben ser trasladados dichos recursos del RAIS al RPMPD e incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. (SLL2329-2021)

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *A quo* a Colpensiones.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y en favor de la actora, teniendo en cuenta la no prosperidad del recurso de apelación.

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. a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por la *A quo*, todas las sumas de dinero de la cuenta individual de la actora por concepto de rendimientos financieros. Asimismo, deberá reintegrar debidamente indexados y a costa de su propio patrimonio, los valores por primas, *gastos de administración* y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la apelante Colpensiones, 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
act. judicial


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)