



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-004-2019-00090-01
Juzgado de primera instancia:	Cuarto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Transito Álvarez Cosme
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	204

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 Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 142 emitida el 18 de agosto 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. trasladar a Colpensiones todos los valores y la información de la vida laboral que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, frutos, rendimientos e intereses que tuviera en su cuenta de ahorro individual. Finalmente, requiere el pago de costas procesales, y lo ultra y extra petita (Archivo 01 – Páginas 5 a 16 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 79 a 97 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que la parte actora realiza unas afirmaciones subjetivas que no tienen soporte probatorio. Por ende, le corresponde probar los supuestos fácticos alegados. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO”*, *“BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA”*, *“PRESCRIPCIÓN”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 142 a 164, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 01 PDF). Indicó que en la afiliación de la demandante sí medio una asesoría completa y veraz por parte de personas capacitadas de esa AFP, que le explicaron las características del RAIS, entre otros. Así, se consolidó la voluntad de la actora de afiliarse a dicho régimen de manera informada. Formuló como excepciones de mérito, 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. El *A quo* dictó sentencia No. 142 del 18 de agosto de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito

propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante en Porvenir S.A. **Tercero**, ordenó a esta última AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la accionante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones a recibir los conceptos antes enunciados, conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y garantías que tenía en el RPM antes del traslado. **Quinto**, concedió el grado jurisdiccional de consulta. **Sexto**, condenó en costas a las accionadas.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado de la demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que Porvenir S.A. no cumplió frente a la accionante, con la carga probatoria de demostrar su deber de información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de cada régimen pensional.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Manifestó que al momento del traslado de régimen pensional de la actora, dicha AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información bajo los parámetros normativos vigentes para dicha época, esto es, el año 2001. Por ende, la demandante recibió la información necesaria, veraz y suficiente, para comprender las consecuencias del traslado de régimen que estaba efectuando. Recaló que para esa época no se exigía documentar la asesoría brindada y bastaba con la sola suscripción del formulario de traslado. Las exigencias normativas y jurisprudenciales emitidas con posterioridad frente a dicha materia, no tienen efectos retroactivos.

En todo caso, señaló que, la obligación de información no debe entenderse de manera unilateral. A la accionante, plenamente capaz, también le atañía

informarse sobre las condiciones pensionales. De otro lado, arguyó que no existe una posición dominante en cabeza de esa AFP, por cuanto la relación que surge entre ellas, es un vínculo reglamentario que las partes no pueden modificar a su voluntad, toda vez que éstas se encuentran regladas en la Ley 100 de 1993, que se presume de conocimiento público.

Por otra parte, frente a la condena de devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante, se debe entender que la afiliación se vició por ineficaz. Ello, comporta que esa AFP nunca administró los aportes realizados por la accionante y, por ende, no nacieron a la vida jurídica los rendimientos financieros. Asimismo, si se ordena devolver todo el aporte que realizó la promotora de la acción se debe retornar también lo que se pagó por sumas de seguros previsionales y gastos de administración. Estos, hacen parte del total de la cotización, por lo que dicha obligación es imposible para ese fondo privado, por cuanto dichos rubros ya se invirtieron y no se encuentran en su poder. Lo anterior, obedece a mandatos legales.

Finalmente, señaló que esa AFP siempre actuó con buena fe, transparencia y rectitud, de cara a la afiliación de la demandante, garantizando que la finalidad del Sistema General de Pensiones se cumpliera a cabalidad. Por ende, solicita se revoque el fallo reprochado y se la absuelva de todas las pretensiones del libelo incoatorio.

4.2. Apelación Colpensiones

Expresa que no resulta procedente condenar en costas a esa entidad. Ello, por cuanto la realización del traslado no estaba en cabeza de Colpensiones, sino del fondo privado al que actualmente se encuentra afiliada la accionante. Por tal motivo, esa autoridad actuó de buena fe y sometida a la ley. Al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones del introductorio, por la falta de hechos de derecho o que le permitieran realizar dicho traslado. Así, requirió se absuelva a esa entidad por esa condena impartida por el *A quo*.

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:

Requirió se confirme el fallo de primer grado. Ello, por cuanto a su juicio, no existió un consentimiento informado de lo que implicaba el traslado de régimen pensional, violentándose el derecho a la libre escogencia.

5.1.2. Colpensiones:

Aduce que no es factible declarar la nulidad del traslado, por cuanto no existió vicio del consentimiento. También existen circunstancias que permiten denotar el compromiso serio de la actora de pertenecer al RAIS. Finalmente, señaló que, la finalidad del principio de la sostenibilidad financiera es obligar a los actores dentro de la Seguridad Social en Pensiones para que siempre puedan contar con los recursos necesarios para poder prestar, reconocer y pagar las diversas prestaciones económicas.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Deprecó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Manifestó que, esa AFP cumplió con el deber de información en el acto de traslado de régimen pensional de la accionante. Agregó que, la necesidad de retornar al R.P.M. por parte de la demandante, no obedece a falta de información o engaño al momento del traslado, sino a razones de carácter económico. De otro lado, insistió en la improcedencia de ordenar la devolución de gastos de administración.

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 que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración?

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

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

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer 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.

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 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², el formulario de traslado de régimen pensional³ y del historial de

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas 32 a 35.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 36 a 45 y 171 a 188.

³ Archivo 01 – PDF – Página 31.

vinculaciones de Asofondos⁴, 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 19 de enero de 1981 al 31 de mayo de 2000.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 13 de noviembre de 2001 la accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de enero de 2002, administradora en la que la promotora de la acción ha venido cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que la demandante suscribió el formulario de traslado de régimen pensional, sin que mediara una asesoría previa que le permitiera comprender las consecuencias de ese acto. Que lo único manifestado por la asesora comercial, era que se trataba de lo mismo y que estar afiliada al RAIS podría significarle pensionarse anticipadamente y con un monto mejor. Por tanto, que no existió una asesoría individualizada, en la que se le indicara no sólo las presuntas ventajas sino también las desventajas de su vinculación con esa AFP.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A., en su escrito de contestación, indica que en la afiliación de la demandante sí medio una asesoría completa y veraz por parte de personas capacitadas de esa AFP, que le explicaron las características del RAIS, entre otros. Así, se consolidó la voluntad de la actora de afiliarse a dicho régimen de manera informada (Págs. 142 a 164 – Archivo 01 – PDF)

2.3.4. Para la Sala, la AFP 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,

⁴ Archivo 01 – PDF – Página 167.

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 promotora de la acción se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente, concerniente en que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la afiliada.

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 a Colpensiones los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

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).

Colofón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado que ordenó trasladar los rendimientos financieros y gastos de administración.

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 el fondo privado trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto 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. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuesta por el *A quo*.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 las apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones, 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.

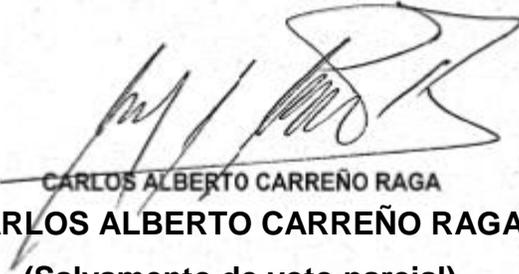
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actuación 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)*