



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-006-2018-00584-01
Juzgado de origen:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Mario Nelson Rayo Sarria
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	220

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 los apoderados judiciales de Colpensiones, contra la sentencia No. 251 emitida el 23 de octubre 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 el demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -

RAIS-, por cuanto, el fondo privado no cumplió con las obligaciones establecidas por el Decreto 1161 de 1994, como son el derecho al retracto, la proyección de la pensión, y en general la asesoría completa al momento del traslado. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los ahorros y rendimientos debidamente indexados, y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 – Folios 37 a 56 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 71 a 77 (Archivo 01 PDF). Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen del accionante se realizó de forma libre y voluntaria. Adujo que no se demuestra ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“LA INNOMINADA”*, *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 99 a 124 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la afiliación del actor se hizo con el lleno de los requisitos legales, que el demandante no demuestra ninguna nulidad que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. Agregó que fue ilustrado e informado suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“PRESCRIPCIÓN”*, *“FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO”*, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*, *“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA”*, y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 251 emitida el 23 de octubre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor, del RPM al RAIS, el cual tuvo lugar el 01 de septiembre de 1994. **Segundo**, imponer a Colpensiones la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos; incluidos los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP demandada. **Cuarto**, absolver a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. **Quinto**, no dar prosperidad a las excepciones de fondo propuestas. **Sexto**, consulta en favor de Colpensiones. **Séptimo**, condenar a Porvenir S.A. al pago de costas y agencias en derecho.

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, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

4. Recurso de apelación

4.1. Colpensiones

Indicó que el traslado de régimen del actor afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, ello conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Agregó que, el demandante no presentó inconformidad sobre la afiliación, entendiéndose entonces, que el traslado de régimen al RAIS se efectuó con arreglo a la ley; por tal razón no puede aceptarse que después de más de 20 años, se alegue la nulidad del traslado.

4.2. Porvenir S.A.

Por su parte, el apoderado del fondo privado, indicó, en resumen, que el deber de información como se está exigiendo en la actualidad a los fondos, resulta ser contrario a los principios de constitucionales, entre ellos, el de confianza jurídica, toda vez que para el momento del traslado del actor, no existía la obligación de dejar evidencia de la información brindada, simplemente, se debía suministrar la asesoría e información suficiente para que los afiliados pudiesen escoger el régimen que más se acomode a sus intereses.

Argumentó que, durante el proceso no se demostró la falta de información por parte de Porvenir S.A., pues en la realidad, los argumentos de la parte demandante tratan de una discrepancia entre los valores de las mesadas pensionales en ambos regímenes, razones que no resultan suficientes para declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, expresó que conforme a la Ley 100 de 1993, resulta improcedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los dineros en la cuenta del demandante, incluidos los rendimientos, gastos de administración y primas.

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:

Señaló que las entidades demandadas no lograron probar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales al no suministrar la información necesaria para que repute válido el traslado de régimen de Colpensiones a Porvenir S.A.; por lo cual, solicitó se declare la ineficacia o nulidad del traslado.

5.1.2. Colpensiones:

Indicó que el traslado de régimen cuenta con plena validez, pues fue una decisión libre, voluntaria e informada del afiliado cambiar de régimen, ya que las demandadas cumplieron el deber de información para dicha calenda. Además, señaló que al no ser beneficiario del régimen de transición, se encuentra dentro de la prohibición legal que impide el traslado cuando faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para pensionarse.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Argumentó que el afiliado no acreditó la existencia de vicios en el consentimiento ni ninguna de las causales descritas en la norma, que pudieran configurar en la nulidad del traslado de régimen pensional, por lo que, se debe declarar que la vinculación al RAIS fue de forma libre, voluntaria y debidamente informada por parte del fondo privado, tal como lo demuestra el formulario de afiliación suscrito por el actor.

Finalmente, agregó que de confirmarse la sentencia, no proceden las condenas de devolución de gastos de administración y demás montos que no se encuentran previamente transcritos en el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993; razón por la cual, solicita se absuelva de las pretensiones de la demanda.

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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Fue 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 los dineros en la cuenta individual del demandante, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos; incluidos los gastos de administración?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante **negativa**. 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 del 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.

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 y el Decreto 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, las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², el formulario de traslado de régimen pensional³, el certificado de información laboral para bono pensional⁴ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que, el accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

¹ Archivo 01 – PDF – folio 32 a 35 y 52 – Historia laboral.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 128 a 137.

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 125.

⁴ Archivo 01 – PDF – Páginas 138 a 140.

⁵ Archivo 01 – PDF – Página 127.

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 14 de mayo de 1979 a agosto del año 1994.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 01 de septiembre del año 1994, el accionante se trasladó al RAIS a través de Colpatria, posteriormente a Horizonte, finalmente a Porvenir S.A., entidades que se constituyeron en fusión. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de septiembre** del mismo año, última entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió información adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, para que, con dicha ilustración, hubiere podido escoger el régimen que más la beneficiaría.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. en su escrito de contestación, indica que se le brindó al actor la información verbal sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales. Dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar esa decisión. Luego de ello, el demandante decidió de manera libre y espontánea afiliarse al RAIS.

2.3.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, al 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020).

A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el afiliado, 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 afiliado el accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación del accionante se mantuvo por más de 20 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 al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante.

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 al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos de cotizaciones y rendimientos financieros, incluidos los bonos pensionales, los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo de afiliación en la AFP demandada.

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 el 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).

3.3 Finalmente, 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.

Como consecuencia de lo anterior, se despachan de manera desfavorable los argumentos de recurrente y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

4. 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 Porvenir S.A. y en favor del actor, teniendo en cuenta la no prosperidad de los recursos de apelación.

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 de Colombia 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 Colpensiones y Porvenir S.A., en favor del demandante. Las agencias en


derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
el uso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vide
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)*