



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012-2020-00045-01
Juzgado de origen:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luz María Reyes Hernández
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	226

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 y Porvenir S.A., contra la sentencia No 059 emitida el 19 de marzo 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, que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados.

Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 04 – Folios 23 a 33 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 44 a 51 (Archivo 12 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la actora se trasladó de manera libre, voluntaria. Que no se puede ordenar traslado de régimen de un afiliado cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal. 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 02 a 22 (Archivo 18 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, sin presiones o engaños. Que recibió información suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS. 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 la “*BUENA FE*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 059 emitida el 19 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con Porvenir S.A. **Tercero**, ordenó a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones los valores que hubiere recibido como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas, y que los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán a la demandante. **Cuarto**, condenó a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con sus rendimientos.

Quinto, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones. **Sexto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 26 PDF – Fls. 01 a 03).

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y completa al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, explicando no solo los beneficios sino las consecuencias negativas del traslado. Que de la firma del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. En lo que respecta a la prescripción, señala que este derecho no es susceptible de esta figura, toda vez que se trata de una afectación directa a la seguridad social y al mínimo vital. Además por ser una actuación declarativa tampoco se accedería a esta excepción.

4. La apelación.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Se opone a la condena emitida por el pago de las costas. Se fundamenta en que Colpensiones se vincula como parte demandada, pero la única actividad que hizo fue administrar primogénitamente los aportes de la actora. Que ninguno de los hechos constitutivos de la ineficacia o nulidad de traslado son atribuibles a esa entidad. Dice que las conductas que se discuten, como son la falta de información y asesoría, son exclusivamente atribuidas a la AFP Porvenir S.A. Que si bien Colpensiones entra como una litisconsorcio necesario, los resultados del fallo afectan sus intereses, más que a los fondos privados. Indica que lo anterior va en contra del principio sostenibilidad fiscal y financiera.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

4.2.2. Argumenta que la actora se trasladó de forma libre y voluntaria. Se le brindó toda la información de manera verbal para que comprendiera las consecuencias del traslado al régimen pensional. Dice que no existía una norma que la obligara a documentar la información suministrada, solo bastaba la suscripción del formulario. Manifiesta que se

está sometiendo a un imposible jurídico por formalidades que no se encontraban al momento de la afiliación y que no son de naturaleza retroactiva. Indica que la demandante también estaba obligada a informarse sobre las condiciones pensionales, pues goza de plena capacidad.

4.2.3. Frente a la orden de reintegrar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, señala que al declararse la ineficacia todo vuelve a su estado inicial, por lo que se entiende que nunca administró los aportes y no surgieron a la vida jurídica los rendimientos. Tampoco hay lugar a devolver los gastos de administración y la comisión de toda índole, toda vez que tienen una destinación legal y ya fueron invertidas conforme lo estipula la ley, ni a restituir las sumas por concepto de seguros previsionales, pues fueron pagadas a las aseguradoras para amparar el riesgo de invalidez o muerte. Frente a los bonos pensionales, aduce que en caso que los hubiere, resultaría improcedente que se retornen a Colpensiones, en la medida de que no fue el emisor de los mismos.

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. Colpensiones:

Dentro del término legal, replicó argumentos similares a los señalados en su contestación. Señaló que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al régimen de ahorro individual. Dice que no resulta procedente la declaratoria de nulidad de la afiliación pues se crea un traumatismo para el Estado. Finalmente, solicita se condene a las AFP demandada a devolver los gastos de administración, todo tipo de comisiones, las primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima, a cargo de su propio

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".

patrimonio, con los rendimientos. Respecto a la condena en costas a Colpensiones, pide sea revocada.

5.1.2. **Porvenir S.A.:**

Reiteró que la demandante se trasladó de forma libre, voluntaria y consciente. Que cumplió con las obligaciones de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado. Que no es procedente devolver los gastos de administración porque las sumas que pagó por ese concepto ya no están en su poder, sino en la compañía aseguradora. Que no incurrió en ningún tipo de falta de derecho. Por tanto, no tendría por qué ver afectado su patrimonio propio.

5.1.3. **Parte demandante:**

Dentro del término legal, guardó silencio 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. ¿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 y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, bonos pensionales y las 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?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva y al segundo 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 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.

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 información suministrada por Colpensiones², Porvenir S.A.³, del certificado 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 02 de enero de 1986 al 30 de junio de 1995.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 30 de julio de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. con fecha de efectividad del 01 de agosto de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2013. Porvenir S.A. absorbió a la última administradora pensional, teniendo como afiliada a la demandante desde **1° de enero de 2014**, entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar adquirir el derecho a la pensión. No se explicó cuál podría ser el monto de la pensión, ni se le realizó una proyección.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que la afiliación de la actora se hizo en forma consciente, espontánea y sin presiones. Que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que recibió información suficiente sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS (folios 02 a 22 Archivo 18 PDF),

² Exp. Adtivo Archivo 13 PDF

³ Fls. 04 a 12 Archivo 03 PDF y Fls. 34 a 42 y 47 a 55 Archivo 18 PDF

⁴ Fls 43 a 44 Archivo 18 PDF

⁵ Fls 32 y 45 Archivo 18 PDF

⁶ Fl 33 Archivo 18 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. 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 la actora, en los 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.

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.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo los gastos de administración, bonos pensionales, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima.

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).

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse como todas aquellas otras sumas existentes en la cuenta de la afiliada por cualquier concepto, por lo que no se revocará en esta parte la decisión cuestionada.

4. 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. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos del apoderado judicial de Porvenir S.A. y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. 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 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.

6. 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 a Porvenir S.A. 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: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes 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.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN 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)