



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2018-00173-01
Juzgado de primera instancia:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Amalia Morales Vargas
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	239

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 las demandadas, contra la sentencia No. 255 del 09 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali. 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 todos los aportes efectuados, rendimientos financieros y diferencias a que haya lugar. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita, y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 37 a 50).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a folios 59 a 67 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la actora se trasladó al RAIS de forma libre y voluntaria. 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 memorial visible a folios 136 a 154 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de traslado. Agregó que, al momento de la afiliación, se le proporcionó de manera verbal la información completa del sistema pensional y las principales características y diferencias de cada régimen. 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 No. 255 del 09 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS. **Segundo**, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne, de su propio peculio, los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

Tercero, ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora. **Cuarto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró, por parte de Porvenir S.A., haber brindado a la demandante, al momento del traslado de régimen, una información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería, detallando, entre otras cosas, la probabilidad de pensionarse en cada régimen, la proyección de la mesada, requisitos para acceder a la garantía de la pensión mínima, entre otros. En ese sentido, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Aduce que en la sentencia C – 1020 de 2004 se recalca la prohibición de que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para adquirir la edad de pensión mínima. Lo anterior, contribuye a que no se descapitalice el fondo común del régimen solidario del RPM. De no ser así, pondría en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Igualmente, requiere dar aplicación al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde no se demuestra el vicio en el consentimiento o asalto de buena fe al momento del traslado.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Manifestó que esa AFP cumplió con el deber de información, tal y como le era exigible en el año 1995, cuando la actora suscribió el formulario de afiliación. El fondo privado le informó a través de un asesor calificado las condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS, todo lo cual le permitió a la demandante tomar su decisión válida, libre y voluntaria de afiliarse al RAIS, a través de Porvenir S.A. Por tanto, no puede exigirse, como se hace en la demanda y en la sentencia de primer grado, que ese fondo esté obligado a cumplir con el marco legal que regula actualmente ese deber de información, que no es el mismo del año 1995. Agregó, además, que el deber de

información es de doble vía, por lo cual no puede eximirse al posible afiliado de su deber de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación.

Finalmente, se opone a la restitución de los rendimientos, toda vez que, en virtud a la declaratoria de ineficacia, las cosas retornan a su estado anterior. Asimismo, requiere no se trasladen los gastos de administración. Ello, por cuanto dicha condena no se acompasa con los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, respecto a las restituciones mutuas. Dichos rubros, además, tienen una destinación específica, siendo que ya se extinguieron. Por tanto, requiere se la absuelva de las pretensiones de la demanda.

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. Colpensiones:

Se ratificó en los argumentos expuestos en primera instancia. Alude que esa AFP no puede hacer otra cosa que ajustarse a la ley. Para el caso en concreto, se ciñó de manera rigurosa a las disposiciones constitucionales, legales y a los reglamentos de la institución. Por ende, no es dable desconocer por vía de jurisprudencia, tan claras reglas legales sobre prestaciones y obligaciones de las entidades de seguridad social. Concluyó que, se atiende a lo demostrado y a las resultas del proceso.

5.1.2. Porvenir S.A.:

Reiteró que esa AFP, obró conforme al marco legal que regulaba el deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos Pensionales vigente para el año 1995, época en que la demandante se vinculó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. Agrega que se brindó información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Lo anterior, se refleja con el formulario de traslado, al que debe darse valor probatorio. Aduce que, la *A quo* erró al condenar a esa AFP a trasladar los aportes, rendimientos y los gastos de administración a Colpensiones. Finalmente, replicó los argumentos frente a la prescripción de la acción.

5.1.3. La parte demandante, 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 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. ¿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 sumas adicionales de la aseguradora, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y gastos de administración?

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

2. Respuestas 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 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, los formularios de traslados de régimen pensional³, el certificado laboral para bono pensional⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que, la

¹ Fls. 7 a 8 – Archivo 01 – PDF.

² Fls. 10 a 14, 98 a 106 y 158 a 187 – Archivo 01 – PDF.

³ Fls. 6 - 192 y 193 – Archivo 01 – PDF.

⁴ Fls. 188 a 191 – Archivo 01 – PDF.

⁵ Fl. 156 – Archivo 01 – PDF.

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 31 de julio de 1994 al 31 de octubre de 1995.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado a folios 6 y 192, y del Historial de Vinculaciones (Fl. 156), el 09 de octubre de 1995 la demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de noviembre de 1995**. Posteriormente, el 28 de abril de 2000, la accionante se trasladó a Porvenir S.A. (Entidad que posteriormente se fusionó con Horizonte S.A.), el que se hizo efectivo a partir del 1° de junio de 2000, última entidad en la que continúa cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la promotora de la acción no se le explicó las condiciones de la vinculación al fondo privado, ni mucho menos se realizó una proyección pensional para identificar las ventajas o desventajas. Refiere que incumplieron con el deber legal que les atañía de proporcionar información veraz y completa de las consecuencias negativas que tendría el traslado al RAIS, especialmente con el monto de la pensión.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que, al momento de la afiliación, se le proporcionó de manera verbal la información completa del sistema pensional y las principales características y diferencias de cada régimen (Fl. 136 – Archivo 01 – PDF).

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 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 (Fls. 6, 192 y 193), 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. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en los recursos de apelación.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la accionante se mantuvo por varios 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.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

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 tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, primas y porcentaje destinados al Fondo de Garantía de

Pensión Mínima. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

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. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, indicó:

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus

propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

3.2.3. Frente a las sumas adicionales de la aseguradora, debe entenderse que se trata de cualquier suma adicional que haga parte de la cuenta del afiliado, por lo que no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia en esta parte.

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 ende, 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 cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 255 del 09 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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, para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)