



**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:	76-001-31-05-007-2020-00381-01
Juzgado de primera instancia:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	José Alonso Quintero Valderrama
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	238

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No. 024 emitida el 09 de febrero 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 el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a cada uno de sus valores adicionales, como los rendimientos.

Asimismo, requiere el pago de costas procesales y agencias en derecho (Páginas 1 a 26 – Archivo 03 — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 4 a 12 (Archivo 07 – PDF). Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que la selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, razón por la cual, al momento de efectuarse el traslado de régimen, era una decisión en la cual el extinto ISS no podía “*inferir*” (sic). Agregó que, por prohibición legal, no se puede ordenar traslado de ningún afiliado cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A. y Ministerio Público.

Allegaron de manera extemporánea escritos de contestación de la demanda (Archivos 09 y 10 – PDF). Mediante auto No. 199 del 02 de febrero de 2020, el *a quo* dio por no contestada la demanda respecto de Porvenir S.A. y la Procuradora Octava Judicial I (Archivo 11 PDF).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 024 emitida el 09 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS y por ende, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, dispuso que el actor deberá ser admitido nuevamente en el RPM por parte de Colpensiones. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo

1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. **Quinto**, condenó en costas a Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, correspondía a Porvenir S.A. demostrar que suministró al demandante, información clara, completa y comprensible de lo que serían los aspectos favorables y desfavorables del RAIS, las consecuencias del traslado, el monto de la pensión. No se le explicó que necesitaba un capital mínimo para pensionarse, entre otros. Agregó que la suscripción del formulario no es suficiente para ello. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

4. La apelación

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A., formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Expresa que dicha AFP cumplió con el marco legal vigente para el año 1998, referente al deber de información frente al demandante, quien suscribió el formulario de afiliación en esa anualidad. En ese contexto, a través de los asesores calificados, se brindó información sobre las condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS y el Sistema General de Pensiones. Por tanto, el actor decidió de manera libre y voluntaria afiliarse a ese fondo privado. En consecuencia, no puede obligarse a esa AFP a cumplir una normatividad y jurisprudencia emitida con posterioridad a la data del traslado, esto es, brindar un buen consejo, comparativos pensionales y constancia escrita diferente al formulario de afiliación.

Agregó que, el deber de información es de doble vía. Por tanto, si bien le atañía a Porvenir S.A. brindar una información, al accionante, como consumidor financiero, le competía también informarse. Así entonces, no

resulta procedente la declaratoria de ineficacia. El efecto jurídico de esta última figura, es entender que nunca nació a la vida jurídica. Por ello, se opone a la devolución de los **rendimientos**, toda vez que estos nunca se hubieran generado. Asimismo, se opone a la devolución de los **gastos de administración**, en virtud a que, primero, el acto de afiliación fue completamente válido, y segundo, no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C. que tratan sobre las consecuencias de las restituciones mutuas. Además, dichos conceptos tienen una destinación específica conforme lo prevé el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, se opone a la devolución de las **sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales**. En la cuenta de ahorro individual del accionante no obran dineros por tales conceptos. Preciso que el bono aún no se ha redimido y la Oficina de Bonos Pensionales no ha girado dichos rubros. En cuanto a las sumas adicionales, al no haberse estructurado ninguno de los riesgos que protege, tampoco se han causado. En consecuencia, requirió se revoque el fallo de primera instancia.

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:

Indicó que en el *sub lite*, es factible declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional. El actor, no recibió al momento de su afiliación, ni durante la vigencia de la misma, la información necesaria, clara, completa y detallada que le permitiera conocer las ventajas, desventajas y características propias de cada régimen. Por ende, requirió se confirme el fallo de primer grado.

5.1.2. Colpensiones:

Manifestó que la afiliación del accionante al RAIS goza de plena validez. Agregó que, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional.

5.1.3. Porvenir S.A.

Reiteró los argumentos expuestos en primera instancia. Preciso que Porvenir S.A. cumplió con el deber de información. Insistió en la improcedencia del traslado de aportes y rendimientos de la cuenta individual del actor, así como de los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. Recalcó que operó la prescripción de la acción de nulidad.

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. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales?

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

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 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. Dicha decisión 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 el fondo el que está obligado 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 la historia laboral de Porvenir S.A.¹, del formulario de traslado de régimen pensional², del Historial de Vinculaciones de Asofondos³ y del expediente administrativo de Colpensiones⁴, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 12 de septiembre de 1984 al 28 de febrero de 1998.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 10 de febrero de 1998 el actor radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de abril del mismo año, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, no recibió ningún tipo de información respecto a las ventajas, desventajas y características de uno y otro régimen (Páginas 1 a 26 – Archivo 03 — PDF).

2.3.3. Por su parte, Porvenir S.A. no allegó escrito de contestación de la demanda de manera oportuna. En el recurso de apelación, la profesional del

¹ Archivo 04 – PDF – Páginas 9 a 13 y Archivo 09 – págs. 32 a 44.

² Archivo 04 – PDF – Página 2 y Archivo 09 – págs. 24.

³ Archivo 09 – PDF – Página 30.

⁴ Carpeta 08.

derecho recalcó que esa AFP cumplió con el marco legal vigente para el año 1998, referente al deber de información frente al demandante, quien suscribió el formulario de afiliación en esa anualidad. Agregó que los asesores brindaron información sobre las condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS y el Sistema General de Pensiones.

2.3.4. Para la Sala, la AFP convocada al litigio 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, 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 decretadas como prueba de oficio, solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el actor.

Los memoriales dirigidos al promotor de la acción por parte de ese fondo privado, en los que se pronuncian frente a la proyección y traslado pensional (Págs. 45 a 48 – Archivo 09 – PDF), no corresponden al período en que el actor se trasladó de régimen pensional, esto en febrero de 1998. Las documentales en comento, datan desde el año 2016. Lo anterior, no subsana el deber de información que le correspondía a la mentada AFP en el momento del traslado del RPM al RAIS.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación del demandante se mantuvo por varios años en el RAIS y que le faltaban 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. También se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?”

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

Por otra parte, 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 el fondo privado 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 segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones, además de las cotizaciones y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los rendimientos financieros, primas, gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales.

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 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 al fondo privado, 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). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formaran parte de la cuenta individual del afiliado.

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. Por tanto, 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 la apelante Porvenir S.A., y en favor del actor.

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 la apelante Porvenir S.A., y en favor del 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
uso judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
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)