



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-004-2019-00205-01
Juzgado de origen:	Cuarto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Olga Perea Salazar
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	244

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** formulado por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 251 emitida el 15 de diciembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -

RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas o cotizaciones adicionales, con todos sus frutos, intereses, es decir, con todos los rendimientos causados. Solicita lo ultra y extra petita, y requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 05 – Fl. 2 a 9 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 92 a 111 (Archivo 01 PDF). Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre y voluntaria. Tampoco se demuestra ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado y al faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión, está inmersa en la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 150 a 166 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la nulidad de traslado que pretende la demandante no cuenta con sustento legal, pues no demuestra ninguna nulidad que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. Agregó que fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, por tanto, su vinculación fue libre de presiones o engaños. Formuló como excepciones de mérito, las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*” y “*GENÉRICA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 251 emitida el 15 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones recibir de Porvenir S.A. los valores de la cuenta de la actora junto con sus rendimientos y gastos de administración, en consecuencia, sea afiliada al RPM nuevamente conservando todos sus derechos y garantías. **Quinto**, conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. **Sexto**, condenar en costas a las demandadas.

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, consideró que dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Indicó que a pesar de que reposa en el expediente el formulario de afiliación de la demandante, ello no es prueba de que se le haya brindado la asesoría completa y necesaria para tomar una decisión acorde con sus intereses pensionales. Concluyó que Porvenir S.A. 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 la actora cuenta con menos de 10 años para adquirir la edad para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual, se encuentra inmersa en la prohibición legal para cambiar de fondo pensional, e hizo alusión a la sentencia C-1024 de 2004. Señaló que el traslado de régimen que efectuó la demandante al fondo privado goza con plena validez jurídica, pues Colpensiones no coaccionó ni participó en el acto de traslado de régimen de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, absuelva a la demandada Colpensiones.

4.2. Porvenir S.A.

El apoderado expresó, que no se presentó ninguna de las causales para declarar la ineficacia del traslado, ya que ha transcurrido más de 20 años desde que se efectuó la afiliación de la actora. Indicó que la asesoría se brindó de forma verbal y al no estipularlo en la ley, no se dejó constancia escrita diferente al formulario de afiliación suscrito entre las partes, lo cual es prueba suficiente de la voluntad de la actora de pertenecer al RAIS.

Señaló que conforme al interrogatorio de parte rendido en juicio, la demandante no relató de forma completa la información que se brindó en la asesoría al momento de la afiliación. Adicionalmente, indicó que Porvenir S.A. garantizó el derecho al retracto a la actora, sin embargo no elevó ninguna reclamación al respecto.

Argumentó que la proyección de la mesada pensional no puede exigirse teniendo en cuenta que los ingresos de la demandante pueden variar con el tiempo. Adicionalmente, expresó que se debe verificar la excepción de prescripción de la acción del traslado.

Por otra parte, sostuvo que la orden de devolver los gastos de administración viola el derecho a la igualdad y configura un enriquecimiento sin causa, ya que conforme a la Ley 100 de 1993, lo único que se debe trasladar son los aportes y rendimientos. No obstante, en caso de confirmarse, se debe declarar la prescripción o en su defecto la compensación.

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.

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 06 – página 2 del Cuaderno Tribunal.

5.1.2. Colpensiones.

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 05 – páginas 2 a 3 del Cuaderno Tribunal.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 07 – páginas 3 a 11 del Cuaderno Tribunal.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar los gastos de administración?

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

1.4. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* al 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.

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 afiliada 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 la historia laboral de Porvenir S.A.¹ y Colpensiones², del formulario de traslado de régimen pensional³ y del certificado de información laboral para bono pensional⁴, se desprende que la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones del 09 de mayo de 1994 al 31 de enero del año 2000.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 24 de enero del año 2000 la demandante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. La afiliación se hizo efectiva el **01 de febrero de 2000.**

¹ Archivo 01 – PDF – Folios del 30 a 34.

² Archivo 01 – PDF – Folios del 35 a 36.

³ Archivo 01 – PDF – Folio 11.

⁴ Archivo 01 – PDF – Folio 29

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 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 a la actora 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, la demandante decidió de manera libre y espontánea afiliarse al RAIS.

2.3.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado a la accionante 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, 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 demandante.

En cuanto al interrogatorio de parte rendido en la audiencia del 15 de diciembre de 2020, la actora sostuvo que *“no fue obligada -a efectuar el traslado de régimen-, pero sí mal informada porque el argumento más valedero en el momento de la entrevista con el funcionario fue decirnos que el seguro social se iba a terminar a acabar, pues, uno de los argumentos que más peso tuvo en ese momento fue el ofrecimiento de un mejor salario al ser pensionados.”* (Min. 59:12) Lo anterior, no evidencia el cumplimiento al deber

de información por parte de Porvenir S.A. de suministrar una información verídica sobre las consecuencias del traslado de la actora, y las diferencias sustanciales entre cada régimen pensional.

Tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por más de veinte (20) años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de los 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 a la promotora de la acción.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, 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 RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 que realizó la actora del RPMPD al RAIS, al no haberse demostrado que se suministró la suficiente información para acogerse a dicho régimen pensional.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, gastos de administración y rendimientos, sin que ello configure un enriquecimiento sin causa ni una violación al derecho de igualdad.

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 a la afiliada, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiaria, 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)

El retorno de todos los valores de la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración, son necesarios en la medida en que son parte de las deducciones del soporte financiero de la pensión. Además, es indispensable recordar que, por disposición legal, la consecuencia jurídica de declarar la ineficacia del negocio jurídico es restituir las cosas al estado en que se hallarían si no se hubiese efectuado la afiliación.

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

5. Respuesta al cuarto problema jurídico

La respuesta a este interrogante es **negativa**. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464-2019 aclaró que la excepción de compensación procede en los casos en que se ha reconocido el derecho principal o se ha pagado la devolución de saldos a la parte actora, en cuyo caso el demandante se aprecia como el deudor del sistema general de pensiones por adeudar a la entidad administradora los recursos con los cuales se va a financiar su pensión.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones y en favor de la parte 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 providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a los apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones, en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma del [para]
ac. Judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vice
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)