



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: | 76-001-31-05-005-2019-00514-01 |
| Juzgado de primera instancia: | Quinto Laboral del Circuito de Cali |
| Demandante: | José Daniel Fiesco Martínez |
| Demandados: | - Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A. |
| Asunto: | Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional |
| Sentencia escrita No. | 245 |

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 del accionante, Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 273 del 14 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 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, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los

valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, valor del bono pensional con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración ni las mermas sufridas por el capital y otros derechos que procedan en aplicación de las facultades ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 PDF – Fls. 1 a 11).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a página 102 a 120 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre, voluntaria y sin presiones. Propuso las excepciones de fondo 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”*.

2.2. Colfondos S.A.

En su contestación y que consta a folio 163 (Archivo 01 PDF) Colfondos S.A. se allana a la demanda.

2.3. Colpensiones

A través de memorial visible a folios 173 a 187 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el acto jurídico no se encuentra viciado de error ni engaño, ya que, al momento de la afiliación, se proporcionó al actor, de manera verbal, la información completa del Sistema Pensional y las principales características y diferencias de cada régimen. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “LA INNOMINADA”, “BUENA FE” Y “PRESCRIPCIÓN”*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 273 del 14 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por el señor

José Daniel Fiesco Martínez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, administrado hoy por Colfondos S.A. y Porvenir S.A. **Segundo**, ordenó a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y a retornar 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**, Ordenar a Colpensiones a que acepte el traslado del actor al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. **Cuarto**, Condenar en costas a cargo de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a favor del demandante, y se absuelve a Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró, por parte de las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del traslado del demandante, conforme los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, estando ante una afiliación desinformada, la cual genera como consecuencia la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, razón por la que procedió a declarar la ineficacia del mismo.

4. Las apelaciones.

4.1. Demandante

Expreso que Colpensiones realizó actos en los que se oponía a la procedencia de las pretensiones, además, en caso de presentar recurso de apelación dejaría claro que está en contra de la prosperidad de las pretensiones. En ese sentido conforme al artículo 365 del Código General del Proceso Colpensiones también debe ser condenada en costas.

4.2. Colpensiones

Manifestó que el demandante no cumple con los requisitos exigidos en el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual reza que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a su pensión de vejez.

4.3. Porvenir S.A.

Solicita declarar probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda y se revoque la condena emitida por el a quo, argumentando que para la época de la afiliación no existía obligación alguna de suministrar información o dejar documentada la asesoría, ya que el único documento que se exigía era el formulario de afiliación. Insistió en que Porvenir S.A. cumplió con el deber de información y con todas las obligaciones de carácter legal y reglamentario. Resaltó, además, que el demandante en ningún momento presentó queja, reclamo, solicitud o inconformidad frente a la administración de su cuenta individual. Indicó que el accionante se encuentra cerca al cumplimiento de la edad para obtener su pensión de vejez, lo que permite concluir que solicita retornar al régimen de prima media no por la falta de información por parte de la AFP, sino por el no cumplimiento de expectativas pensionales.

Finalmente, argumentó que la acción de nulidad o ineficacia se encuentra prescrita y que el traslado de los gastos de administración no es procedente, teniendo en cuenta que dichos descuentos están autorizados por la ley.

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:

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 05 – página 7 a 12 del Cuaderno Tribunal.

5.1.3. Porvenir S.A.:

Dentro del término legal, se pronunció mediante escrito visible en el archivo 06 – página 3 a 6 del Cuaderno Tribunal.

5.1.4. La parte demandante y Colfondos S.A.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio. No presentaron escrito de alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

III. CONSIDERACIONES

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 a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y gastos de administración?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es positiva. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos 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 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 le 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. Para este caso, de la historia laboral de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², de los formularios de traslados de régimen pensional³ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁴ 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, desde el 01 de junio de 1990 hasta el 02 de octubre de 1994.

- b. Según los formularios de vinculación o traslado y el Historial de Vinculaciones de

¹ Fls. 193 a 194 y 197 a 198 – Archivo 01 - PDF

² Fls. 135 a 152 – Archivo 01 – PDF.

³ Fl. 08 y 134 – Archivo 01 – PDF.

⁴ Fls. 13 a 30 – Archivo 01 – PDF.

Asofondos, el 03 de octubre de 1994 el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **01 de noviembre de 1994**. Luego, el 04 de agosto de 1998, el demandante se trasladó a Colpatria, la que posteriormente se fusionó con Horizonte y ésta a su vez con Porvenir S.A. Dicho traslado se hizo efectivo a partir del **01 de octubre del mismo año**, por lo que, Porvenir S.A. es la entidad en la que continúa cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió información sobre las ventajas y desventajas para adoptar dicha decisión. No se le indicó sobre el capital que debía tener para gozar de una pensión digna. Tampoco sí el IBC sería menor y/o mayor que en el RPM. Se omitió informarle cuáles eran los beneficios y/o desventajas en el momento en que sus ingresos disminuyeran y/o aumentaran. Finalmente, no se le ilustró sobre el plan de pensiones, un comparativo de mesadas y la posibilidad de posteriormente regresar al RPM.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. indica que se le brindó información completa del Sistema Pensional y las principales características y diferencias de cada régimen página 102 a 120 (Archivo 01 PDF).

2.3.4. Para la Sala, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. no demostraron que hubiesen 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 de este (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 (Fls. 8 y 134), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación del accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco 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.

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. y Colfondos 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 por parte de las AFP que se suministró al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1 La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. A Colfondos S.A. también le compete trasladar los gastos de administración por el período respectivo, tal como lo determinó la juez de primera instancia.

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 Colfondos S.A. y Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión de la *A quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”*.

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 de la apoderada judicial de Porvenir S.A. y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la exoneración de 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 los resultados 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 adicionarse la condena en costas a cargo de 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 Porvenir S.A., 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal **cuarto** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, parta también **CONDENAR** en costas de primera instancia a Colpensiones, las cuales serán fijadas por el juez de conocimiento.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A., y en favor del 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
uso judicial

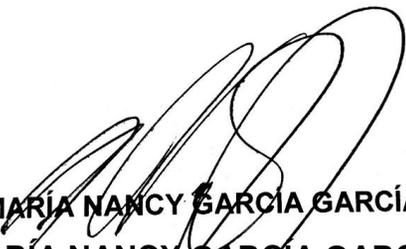


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Villota

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)