



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016-2019-00485-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Antonio José Lores Morales
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	256

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 del demandante y Colpensiones, contra la sentencia No. 043 emitida el 09 de marzo de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene regresar al actor de Porvenir S.A a Colpensiones, con sus correspondientes aportes de su cuenta individual y

sus rendimientos debidamente indexados. Finalmente, requiere el pago de costas procesales (Páginas 2 a 7 – Archivo 03 — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 40 a 45 *ibidem*. Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que, el traslado de régimen pensional efectuado por el actor, goza de plena validez, por haber sido gestionado de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 101 a 119, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 01 PDF). Indicó que, el demandante no allega prueba sumaria que sustente la nulidad de la afiliación en el RAIS. Agregó que esa AFP, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento. Formuló como excepciones de mérito, 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. 043 emitida el 09 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso del actor al RPM. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A., realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones. **Quinto**, condenó en costas al fondo privado.

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 detallada sobre los beneficios y limitaciones que generaba el traslado del RPM al RAIS, a pesar de existir formulario de afiliación. En consecuencia, 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 del demandante y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones.

Requirió se adicione el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a reintegrar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante con destino a Colpensiones, por concepto de los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses. Lo anterior, de conformidad con los artículos 963 y 1746 del C.C., en consonancia con las providencias de la C.S.J. SL1421-2019 y SL17595-2017.

4.2. Apelación demandante.

Expresa que, en aplicación del numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., se debe condenar en costas de primera instancia a Colpensiones, por cuanto dicha entidad contestó la demanda, propuso excepciones y formuló alegatos de conclusión, siendo vencida en juicio. Por ende, se aviene procedente imponer tal condena en su contra.

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:

Ratificó los argumentos expuestos en primera instancia. Describió que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Requirió se absuelva a dicha administradora de las pretensiones de la demanda (Archivo 04 – PDF – Cuaderno Tribunal).

5.1.2. Porvenir S.A.

Recaló que Horizonte, hoy Porvenir S.A., cumplió con el deber de información. Expresó que la inconformidad del actor recae sobre el monto de la pensión de vejez a la que tendría derecho por estar afiliado válidamente al RAIS y no sobre el incumplimiento del deber de información que le asistía a esa AFP (Archivo 05 – PDF – Cuaderno Tribunal)..

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

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 primer grado a Colpensiones?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. 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 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 las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.² y el formulario de traslado de régimen pensional³, 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 1º de agosto de 1986 al 28 de febrero de 1995.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 11 de enero de 1996, el actor radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Luego, dicha administradora se fusionó con Porvenir S.A., fondo privado en el que, el promotor de la acción, ha continuado cotizando.

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas 46 a 50.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 10 a 19.

³ Archivo 01 – PDF – Página 120.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, el demandante no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir la pensión de vejez en el RAIS. No se le ilustró sobre el monto de la pensión y menos aún, se realizó una proyección de la misma (Págs. 2 a 7 – Archivo 01 — PDF).

2.3.3. Por su parte, Porvenir S.A., recalcó que, el demandante no allega prueba sumaria que sustente la nulidad de la afiliación en el RAIS. Agregó que esa AFP, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento (Págs. 101 a 119 – *ibíd*).

2.3.4. Para la Sala, la mentada 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 aportadas al plenario, 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 y que tiene la edad para adquirir la pensión de vejez. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado.

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, los rendimientos financieros, bonos pensionales *-si los hubiere-*, gastos de administración indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por ende, se adicionará el fallo de primer grado.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. La juzgadora de primer grado, en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, se limitó a ordenar a Porvenir S.A., realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones. No obstante, omitió precisar los conceptos que dicha AFP debía retornar al RPM. Por ende, para evitar una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar las posibles prestaciones pensionales del actor, lo que generaría un desequilibrio en la estabilidad financiera de dicha entidad, resulta procedente adicionar el fallo de primer grado, así.

3.2.2. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y

b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.3. 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 indexado a Colpensiones (SL4360-2019, radicación 68852).

3.2.4. Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

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. Respuesta al cuarto problema jurídico

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la absolución de costas de primera instancia frente a Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. Por ende, se adicionará la providencia recurrida, en el sentido de hacer extensiva dicha condena a Colpensiones, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V.

6. Costas.

No se impondrá condena en costas de segunda instancia, dada la prosperidad de los recursos de apelación.

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: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR a Porvenir S.A.**, trasladar a Colpensiones, además de las cotizaciones, todas las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del actor por concepto de rendimientos financieros, bonos pensionales *-si los hubiere-*, gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a Colpensiones y en favor del actor.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

CUARTO: SIN COSTAS en segunda instancia.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento de voto parcial)



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