



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-002-2018-00401-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Cecilia Orozco Cañas
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	285

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 de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 85 emitida el 03 de agosto 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, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, los aportes, rendimientos y semanas cotizadas por la actora. Asimismo, se ordene a ésta última autoridad, aceptar el retorno al RPM a la

promotora de la acción. Finalmente, requiere el pago de costas procesales y agencias en derecho, como lo ultra y extra petita (Páginas 5 a 28 y 66 Archivo 02 – Expediente digital — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 76 a 85 *ibidem*. Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que, el traslado de régimen pensional efectuado por la accionante, se suscitó de forma libre y voluntaria, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente. Propuso las excepciones de fondo de: “*INNOMINADA*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 105 a 130, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 02 PDF). Indicó que, la afiliación de la demandante a esa AFP, es un acto válido en la medida que ésta suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, tras recibir asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión. Agrega que, durante los 20 años que ha permanecido en el RAIS, ha ratificado la existencia de un “*profundo conocimiento*” de las características y beneficios de dicho régimen. Formuló como excepciones de mérito, las de: “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN*”, “*FALTA DE CAUSA PARA PEDIR-INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*BUENA FE*” y la “*INNOMINADA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 85 emitida el 03 de agosto de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al RAIS. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso de la actora al RPM. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A.,

realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos, a Colpensiones. **Quinto**, condenó en costas a las demandadas.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, correspondía a la AFP Porvenir S.A., demostrar la forma en que fue ilustrada la demandante sobre el traslado de régimen pensional, no obstante, no se evidencia en el plenario, que le hubiere brindado la información detallada, acerca de los beneficios y limitaciones de ambos regímenes pensionales. Recaló que, el formulario de vinculación no es prueba suficiente para ello. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda, las excepciones y los alegatos de conclusión. Alude que, no se acreditó en el expediente que la accionante hubiere sido engañada o presionada al momento de suscribir la solicitud de traslado, lo que permitiera concluir que su consentimiento estuviera viciado de error, fuerza o dolo. Asimismo, durante todo el tiempo que ha estado afiliada a esa AFP, Porvenir S.A. ha actuado con estricta sujeción a la ley y a la buena fe. Frente a la asesoría pensional, aludió que, en el año de afiliación de la demandante, ésta era verbal de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las preformas adoptadas por la Superintendencia Financiera. Por ende, basta con suscribir el formulario de afiliación para que la vinculación al RAIS se torne válida. El traslado de la actora de régimen pensional, resulta válido, toda vez que dejó plasmada su voluntad y libre decisión espontánea en el respectivo formulario anexado como prueba.

Finalmente, señaló que, en caso de confirmarse la ineficacia, sólo se deben trasladar los aportes pensionales más no los rendimientos financieros. Estos

no se hubieran causado por cuanto las cosas vuelven a su estado original. Insistió en la operancia del fenómeno prescriptivo frente a la presente acción, en virtud de los artículos 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 1750 del C.C.

4.2. Apelación Colpensiones.

Requirió se modifique el numeral cuarto de la sentencia de primer grado, para en su lugar, ordenar de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el traslado de los rendimientos financieros, las sumas de dinero, cotizaciones, gastos de administración, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, debidamente indexados.

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:

Requirió se denieguen las pretensiones de la demanda. Manifestó que, no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el acto de traslado de régimen pensional. Insistió en el traslado por parte de Porvenir S.A., de las cotizaciones, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantías de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubiera producido, debidamente indexados.

5.1.2. Porvenir S.A.

Resaltó las obligaciones a cargo de los afiliados en calidad de consumidor financiero. Agregó que, no es posible decretar nulidad por el simple hecho que una prestación pensional sea superior en el RPM o en el RAIS. Ratificó sus argumentos frente a la operancia de la prescripción del acto de traslado o

frente a los gastos de administración, los que en todo caso, no deben ser objeto de devolución. En suma requirió se revoque el fallo de primer grado.

5.1.3. La parte actora, 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 de la 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 o alguno de los conceptos objeto de devolución?

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 de la demandante al RAIS, fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. 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 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 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, el formulario de traslado de régimen pensional³, el certificado para bono pensional⁴ y el historial de vinculaciones de Asofondos⁵, 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, del 19 de octubre de 1989 al 30 de abril de 1999.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 12 de marzo de 1999, la actora suscribió el traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1999. En dicho fondo privado, el promotor de la acción, ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, la demandante no recibió información sobre las diferencias en la mesada pensional entre ambos regímenes. Tampoco frente a la liquidación de la pensión. Asimismo, no se efectuó un estudio previo ni comparativo para tomar tan importante decisión (Págs. 5 a 28 – Archivo 02 – PDF).

2.3.3. Por su parte, Porvenir S.A., recalcó que, la afiliación de la demandante a esa AFP, es un acto válido en la medida que ésta suscribió solicitud de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, tras recibir asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión. Agrega que, durante los 20 años que ha permanecido en el RAIS, ha ratificado la existencia de un “*profundo conocimiento*” de las características y beneficios de dicho régimen (Págs. 105 a 130 – *ibíd*).

¹ Carpeta expediente administrativo – Archivo: “GRP-SCH-HL-66554443332211_1433-20190220010332”.

² Archivo 02 – PDF – Páginas 33 a 43 y 136 a 149.

³ Archivo 02 – PDF – Página 32 y 131.

⁴ Archivo 02 – PDF – Página 50 a 52 y 150 a 154.

⁵ Archivo 02 – PDF – Página 133.

2.3.4. Para la Sala, la mentada AFP convocada al litigio, no demostró que haya brindado a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, 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 afiliada la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la promotora de la acción, se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado.

Por otra parte, conviene señalar que, las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

Asimismo, se recuerda que, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021). En dicho escenario, al fondo de pensiones, es a quien le corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones

necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (SL4373-2020).

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 a la actora 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 los rendimientos financieros, los bonos pensionales *-si los hubiere-*. Asimismo, los gastos de administración y las sumas destinadas a seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. Por ende, se adicionará el fallo de primer grado.

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

Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la actora 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 (SL2877-2020, radicación No. 78667 y SL4811-2020, radicación No. 68087, entre otros).

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. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte de Porvenir S.A., entre ellos, los gastos de administración. 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. Para Colpensiones, no hay lugar a imponerlas, dada la prosperidad de su alzada.

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.** que traslade a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos financieros, los bonos pensionales *-si los hubiere-*. Asimismo, los gastos de administración y las sumas destinadas a seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la apelante Porvenir S.A. y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN 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)