



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-015-2019-00551-01
Juzgado de origen:	Quince Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Juan Carlos Holguín González
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	278

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 de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., contra la sentencia No 11 emitida el 20 de enero 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, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a

Colpensiones los aportes pensionales y los rendimientos financieros. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 02 a 09).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 52 a 59 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado. Dice que no se demostró vicio del consentimiento o asalto en la buena fe al momento de la afiliación al RAIS. Que no se puede ordenar el traslado de régimen de un afiliado, cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*LA INNOMINADA*”, “*BUENA FE*”, y la “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 77 a 87 (Archivo 01 PDF). Se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que se brindó al accionante información suficiente, respecto los beneficios y limitaciones de cada régimen pensional. Que la afiliación se realizó de forma libre y sin presiones. Que a la fecha del traslado los fondos privados no tenían la obligación de suministrar la información en los términos indicados por el actor, sino hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Formuló como excepciones de fondo las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*” y la “*BUENA FE*”.

2.3. Colfondos S.A.

A través de memorial visible a folio 116 (Archivo 01 PDF), se allanó a las pretensiones de la demanda.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No 11 emitida el 20 de enero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante en Colfondos S.A. y Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que hayan en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los gastos de administración durante el periodo que administró los recursos del actor. A Colfondos a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante el periodo que administró los recursos de la parte actora. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones vincular válidamente en el régimen de prima media al demandante. **Quinto**, condenó en costas a Colpensiones, y a Porvenir S.A. y absolvió a Colfondos S.A. **Sexto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de brindar información suficiente al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional. Que con el solo formulario no se demuestra la diligencia y cuidado. Por tanto, no se probó el deber de información, motivo por el cual, debe declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colfondos S.A. formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir

4.1.1. Expresó que no hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia. Que cumplió a cabalidad con el deber de información que le asistía para la época de afiliación del demandante. Señala que al momento de la suscripción del formulación de afiliación, se le proporcionó al actor los elementos necesarios para que realizara su afiliación de manera libre y voluntaria. Que los demás

requisitos surgen con posterioridad a la fecha de afiliación, por lo cual, no cuentan con el carácter de retroactivo y no eran aplicables.

4.1.2. Manifiesta que no tendría por qué devolver los gastos de administración, toda vez que han sido descontados conforme lo autoriza el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que fueron utilizados de manera diligente para una buena administración de los aportes del accionante, y estos generaron unos rendimientos. De esta manera, se constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Frente a la prescripción, señala que lo reclamado es el acto de afiliación que se suscribió en el año 2009. Por lo tanto, se encuentra prescrito conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS; además, no se discute el derecho pensional.

4.2. Apelación Colfondos S.A.

4.2.1. Solicita se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Se fundamenta en que son comisiones ya causadas y de las cuales se descuentan un porcentaje para dichos gastos y el seguro previsional a la compañía de seguros; además, se encuentran autorizados de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado, administró los dineros de su cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado.

4.2.2. Dice que de acuerdo con el artículo 1746 del código Civil, se entendería que la consecuencia de la ineficacia o nulidad, es que las cosas vuelvan al estado anterior. Por tal motivo, Colfondos S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y los rendimientos que produjo, no se generaron. En consecuencia, debe conservar la comisión, como contraprestación por una buena gestión.

5. Trámite de segunda instancia

5.1.1. Colfondos S.A:

Replicó argumentos similares a los sustentados en la alzada. Reiteró que de la comisión de administración se descuenta conforme lo estipula la Ley. Reitera que ha administrado los dineros del actor con la mayor diligencia y

cuidado. Que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, el contrato de afiliación nunca existió. Por tal motivo, Colfondos S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, ni estos generaron rendimientos.

5.1.2. **Colpensiones:**

Dentro del término legal, se ratifica en lo señalado en la contestación de la demanda, y en lo expresado en la audiencia llevada a cabo en primera instancia. Aduce que no se puede ordenar traslado de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión. Finalmente, dice que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia, como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación, sin mostrar inconformidad.

5.1.3. **Porvenir S.A:**

Señala que proporcionó al demandante información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al RAIS. Que se pretende demostrar el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación del demandante. Expone que la ineficacia implica retrotraer las cosas a un estado inicial, por lo que Porvenir S.A. nunca debió administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual. De esta manera, no hay lugar a devolver los rendimientos financieros al igual los gastos de administración. Además que la acción reclamada se encuentra prescrita.

5.1.4. **Parte demandante:**

Solicita se confirme el fallo de primera instancia. Señala que Colfondos S.A., no brindó información sobre las consecuencias del cambio de régimen. Que no conocía respecto a los temas pensionales y menos sobre la oportunidad de pensionarse con un valor digno acorde a sus ingresos y cotizaciones.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado a 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, se ordene el traslado de los dineros en la cuenta individual del demandante, tales como cotizaciones y rendimientos; incluidos los gastos de administración; así como a Colfondos S.A. el traslado de gastos de administración?

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

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP's Colfondos y 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 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 AFP 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.

Descendiendo al *sub lite*, de la historia laboral de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², del formulario de traslado al RAIS³, de la certificación de Asofondos⁴ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁵, se desprende que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

¹ Fls. 21 a 24 Archivo 01 PDF y exp. Adtivo Archivo 02 PDF

² Fls. 14 a 20, 89 a 92 y 95 a 103 Archivo 01 PDF

³ Fl. 103 Archivo 01 PDF

⁴ Fl. 88 Archivo 01 PDF

⁵ Fl. 93 a 94 y 104 Archivo 01 PDF

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 07 de octubre de 1986 al 30 de abril de 1999.

- a. Según la historia laboral de Porvenir S.A., y de la certificación de Asofondos, el 21 de abril de 1999 el accionante se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de junio de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2009. Posteriormente, el día 01 de octubre de 2009, se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad el **1° de diciembre de 2009**

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no se le brindó información fehaciente, clara y completa sobre los beneficios y consecuencias del traslado. Que se afilió al RAIS sin contar con toda la información necesaria. Por lo que la afiliación carece de legalidad y validez.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. señaló que se brindó al accionante información suficiente, respecto los beneficios y limitaciones de cada régimen pensional; así como sus ventajas y desventajas. Que el traslado fue realizado por el demandante de forma libre y sin presiones. (Fls. 77 a 87 Archivo 01 PDF).

A su turno, Colfondos S.A, dentro del término legal, se allanó al *petitum* introductorio.

Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó certificado de traslado de régimen pensional y el formulario de traslado de AFP en el RAIS suscrito por el demandante, en el que se hace constar que la escogencia de régimen 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 afiliado el accionante.

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 le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que deben reintegrar las AFPs 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 RPM, 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**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros. Así como también los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima. A Colfondos S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período respectivo.

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 a 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 del *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**”. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

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, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado en ese sentido.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en favor del actor.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala 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 las apelantes Porvenir S.A. y Colfondos S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Call-Voto
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)