



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016-2019-00439-01
Juzgado de origen:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Víctor Guzmán Cruz
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	297

I. ASUNTO

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la sala a proferir sentencia escrita, que resuelve el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 27 de julio de 2021 que opera a favor de la demandada 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. a trasladar a Colpensiones los aportes junto con sus rendimientos financieros y demás acreencias; así como lo ultra y extra

petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 51 a 69 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 117 a 123, 149 a 163 y 200 a 212 – Archivo 01 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 148 emitida el 27 de julio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante en Colfondos S.A. y Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que acepte el regreso del señor Víctor Guzmán Cruz al RPM. **Cuarto**, ordenar a Porvenir S.A. que traslade todos los valores cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones. **Quinto**, Condenó en costas a Porvenir S.A. Colfondos S.A. y a Colpensiones a favor del actor. **Sexto**, ordenar 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 acreditar la forma en que fue ilustrado el demandante sobre la conveniencia o no del traslado. Así como de informarle los beneficios y limitaciones del RAIS con respecto al RPM. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica la ineficacia no es susceptible de esta figura, pues desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídico, por lo que no es procedente.

4. Trámite de segunda instancia

4.1. Alegatos de conclusión

Mediante providencia de fecha 17 de agosto de 2021, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹.

4.2. Porvenir S.A. y Colpensiones,

Dentro del término legal, se pronunciaron mediante escritos visibles a folios 01 a 03 Archivo 06 PDF y 01 a 02 Archivo 07 PDF (Cuaderno Tribunal). La parte demandante y Colfondos S.A. no se pronunciaron al respecto.

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 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; 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 de la *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

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

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.

2.3.1. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la información suministrada por

Colpensiones² y Porvenir S.A.³, que el demandante 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 abril de 1993 al 15 de agosto de 1994.
- b. Según el historial de vinculaciones⁴, en el mes de julio de 1995, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. Posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. con fecha de efectividad el **01 de febrero de 2002**⁵, entidad con la que ha venido cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el demandante no recibió la suficiente información sobre las condiciones de dicho traslado. No se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y consecuencias que tendría al afiliarse en el RAIS, en especial frente al monto de la pensión; como tampoco se le indicó el derecho al retracto.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones. Que recibió información sobre los beneficios, características y consecuencias de trasladarse al RAIS (Flios 200 a – Archivo 01 PDF).

Por su parte, Colfondos S.A. argumenta que brindó al demandante una asesoría especializada e idónea, donde le informaron acerca de las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen. Asimismo las características y diferencias de los mismos (folios 117 a 123– Archivo 01 PDF).

2.3.3 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

² Flios 123 a 131 Archivo 01 PDF

³ Fls. 07 a 16 Archivo 01 PDF

⁴ La información se extrae de la historia laboral de Porvenir S.A.

⁵ Flio 17 Archivo 01 PDF

los formularios de traslado de AFP en el RAIS se encuentren suscritos por la parte 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 lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP Colfondos S.A. y Porvenir 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 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 los gastos de administración, primas, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados. A Colfondos le corresponde

trasladar estos últimos conceptos por el período que administró los recursos. Por ende, se adicionará el fallo de primer grado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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 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).

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 adicionará al fallo de primer grado este concepto. Lo anterior, para evitar una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar las posibles prestaciones pensionales del demandante.

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. De esta manera, se confirmará el fallo de primer grado

5. Costas.

No se impondrá condena en costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por la *A quo*, las sumas, debidamente indexadas, por conceptos de gastos de administración, primas, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. A Colfondos le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período respectivo debidamente indexados.

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

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. judicial



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)