



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003- 2021-00091-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Diana García Mena
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	341

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 Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 156 del 22 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero 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 la demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por Porvenir S.A., efectuado en septiembre de 1995, así como los traslado entre AFP del RAIS. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes con sus respectivos rendimientos financieros, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas 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 01 PDF – Fls. 02 a 22).

2. Contestaciones de la demanda.

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

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 02 a 09 - Archivo 07 PDF, folios 46 a 67 - Archivo 05 PDF y folios 06 a 17 - Archivo 06 PDF y la subsanación a folios 04 a 15 - Archivo 09 PDF, respectivamente, dieron contestación 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. 156 del 22 de junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, a través del fondo Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. y el posterior vínculo con la AFP Colfondos S.A. **Segundo**, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante desde el RAIS, junto con el dinero que tenga en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos. **Cuarto**, condenó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. en favor de la demandante. Así mismo absolvió de este rubro a Colpensiones. **Quinto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que la falta de información genera un engaño y la falta de diligencia se traduce en el traslado de la carga de la prueba a las demandadas, que dentro del proceso no se demostró por parte de las AFP haber cumplido con el deber de información debida, completa y transparente a la hora del

traslado. Indicó que la mala información genera vicios en el consentimiento por inadecuada información, razón por la que procedió a declarar la ineficacia del mismo.

Respecto a la prescripción, se acogió a la tesis de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que las acciones encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o que se reconozca un estado jurídico son imprescriptibles.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Arguye que la demandante cuenta con más de 50 años de edad, para la época del traslado estaba en pleno derecho para realizar la afiliación al RAIS y este se dio de conformidad a la ley, por ello, si Colpensiones se oponía habría estado incurriendo en vulneración al derecho de la libre afiliación. Señaló la ausencia de vicios y por tanto esta válidamente afiliada al RAIS. Finalmente aduce que no es procedente la nulidad del traslado por expresa prohibición legal de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003 que consagra que los afiliados no podrán trasladarse de régimen pensional cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

4.2. Apelación Porvenir.

Solicitó declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y se revoque la condena impuesta por la *A quo*. Manifestó que la afiliación cumplió con los requisitos legales vigentes al momento de efectuarse el traslado, así como la decisión tomada por la demandante se dio de manera consciente y espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, que el formulario de afiliación cumplía con todos los requisitos legales, además, su firma y diligenciamiento se considera acto de manifestación inequívoca de la realidad del momento. Señaló que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas en atención a lo estipulado en los artículos 1750 del CC, 151 del CPT y 488 del CST.

En cuanto a la condena de trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo gastos de administración, no es procedente de conformidad con el artículo 1746 del CC, del cual se tiene que las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia, no da lugar a devolver los ahorros de la cuenta de ahorro individual incluyendo gastos de administración como las pérdidas o deterioro que la parte debe asumir en la relación jurídica que suscribió a lo largo del tiempo.

Respecto a los rendimientos, precisa que la consecuencia de la ineficacia es que el vínculo nunca existió, es decir, que la demandante nunca estuvo afiliada, esto significaría decir que sus aportes nunca fueron a una cuenta individual administrada por esta AFP y en la cual se generaron unos rendimientos, por lo tanto, si nunca existió dicha afiliación no habría lugar a devolver los rendimientos generados en esta.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.2. Colpensiones y Porvenir S.A.:

Mediante escritos visibles a folios 2, archivo 05 y folios 3 a 6, archivo 6 PDF (cuaderno Tribunal). La **parte demandante** no se pronunció dentro del término legal.

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 "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".

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traspase a Colpensiones los rendimientos financieros y gastos de administración? ¿Corresponde a Colfondos S.A. trasladar los gastos de administración por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

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

2. Respuestas 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. y Colfondos 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.

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 y el Decreto 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 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 las historias laborales de Colpensiones², Porvenir S.A.³, Colfondos S.A.⁴, los formularios de traslados de régimen pensional⁵ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁶, 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 18 de abril de 1988 al 31 de agosto de 1995.
- b. Según el Historial de Vinculaciones de Asofondos, el 29 de agosto de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de septiembre de 1995**. Luego, el 10 de noviembre de 1997, la demandante se trasladó a Colpatria S.A., efectivo a partir del 1° de enero de 1998. El 29 de septiembre de 2000 se cambió a Horizonte S.A. como cesión por fusión, efectivo a partir de la misma fecha de la solicitud. Posteriormente, el 25 de abril de 2003 se traspasó a Colfondos S.A., efectivo a partir del 1° de junio del mismo año. El 27 de octubre de 2008 se trasladó a Horizonte S.A., efectivo a partir de diciembre del mismo año. Finalmente, el 1° de enero de 2014 se trasladó a Porvenir S.A. como cesión por fusión y efectivo a partir de la misma fecha, última entidad en la que continúa cotizando.

² Fls. 322 a 336 – Archivo 07 – PDF.

³ Fls. 40 a 51 – Archivo 01 – PDF y Fls. 68 a 81 – Archivo 05 PDF.

⁴ Fls. 104 a 106 – Archivo 06 – PDF y Fls. 102 a 104 – Archivo 09 – PDF.

⁵ Fls. 26, 27 y 28 – Archivo 01 – PDF. Fls 123 y 124 – Archivo 05 PDF y FI 102 – Archivo 06 – PDF.

⁶ Fls. 4 a 8 – Archivo 04 – PDF.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la AFP no le informó ni por escrito ni verbalmente sobre las ventajas y desventajas que podría darse al efectuarse el traslado de régimen, tampoco le informó sobre el capital que debía tener en el Fondo privado para gozar de una pensión digna y acorde con sus ingresos.

2.3.3. Para la Sala, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. no demostraron que hayan 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 de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó certificado de traslado de régimen pensional y los formularios de traslado de AFP en el RAIS suscritos por la demandante, en los que se hace constar que la escogencia de régimen fue 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 afiliada la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la 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.

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**. 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. Por ende, se adicionará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y 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 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 la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada 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. 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 de la actora.

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: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, valor destinados a seguros previsionales y al

Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante el periodo en que estuvo afiliado a esa entidad.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones y 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
actuación judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vie
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)