



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-016-2019-00163-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carmenza Restrepo Jaramillo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	352

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. 149 emitida el 12 de agosto 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 la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por Protección S.A. En consecuencia, que se ordene su regreso automático al RPM de Colpensiones, asimismo, se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de valores de la cuenta de ahorros individual, además, se condene a las demandadas en costas. (Archivo 01 – Páginas 84 a 94 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

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

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 195 a 201, folios 214 a 233 y a folios 270 a 291 del Archivo 01 del expediente digital, 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. 149 emitida el 12 de agosto de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con Protección S.A. y Porvenir S.A. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el regreso de la actora al RPM. **Cuarto**, ordenar a Porvenir una vez ejecutoriada la providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de la demandante. **Quinto**, condenar en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A. **Sexto**, envía para que surta la Consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, dentro del proceso no se demostró por parte de los fondos privados, para el acto de traslado de régimen pensional, cumplieran con su deber de informar de forma clara, completa y transparente a la accionante, lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante, como lo era al fondo que debía afiliarse y el futuro de su derecho pensional; no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de los asesores del fondo de pensiones del sector

privado. Tampoco se acredita que se hubiere suministrado de forma concreta sobre los beneficios y desventajas del traslado del RPM al RAIS. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia del traslado inicial de régimen pensional. Y finaliza advirtiendo que en el caso no es procedente decretar la prescripción

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Manifestó que no le asiste el derecho a la demandante, ya que, no se logró demostrar que hubiesen sido engañados o se haya ejercido fuerza o coacción, más aún, cuando ha estado afiliada al fondo privado por tantos años. Aunado a ello, indicó que en caso de confirmar la sentencia, se ordene la devolución de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, esto con el fin de suplir o nivelar las cotizaciones.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Recalcó que ese fondo privado si cumplió con el deber de información que le era exigible en el año en que la actora suscribió el formulario de afiliación documento que es prueba de la libertad de afiliación de la accionante; por ende no es procedente la orden de declarar la ineficacia del traslado. Señaló que ante un proceso de afiliación la actora debía tenía el deber de informarse sobre el régimen de pensiones y no puede recaer toda la obligación en cabeza del fondo.

Insistió que la orden de devolver los gastos de administración, los rendimientos y los dineros de la cuenta, no es procedente, pues, la consecuencia de declarar la ineficacia sobre un acto jurídico, conlleva a entender que nunca nació a la vida jurídica. Por ende, Porvenir nunca administró la cuenta de la actora y no generó rendimientos financieros.

Finalmente, indicó que debe declararse la prescripción ya que no se trata de un derecho pensional, sino de la acción de afiliación que se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo.

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 2020, las partes se pronunciaron de la siguiente manera:

Porvenir S.A.

Presentó alegatos mediante escrito visibles a folios 3 a 6, archivo 05, PDF (cuaderno Tribunal). Las demás partes no se pronunciaron 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?

1.2. ¿Se debe ordenar a Porvenir a que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros provisionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora? Asimismo, ¿debe ordenarse a Protección S.A. el traslado de los últimos conceptos 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. 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 Protección S.A. y 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.

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 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 Colpensiones¹, Porvenir S.A.², los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional³, y del historial de vinculaciones de Asofondos⁴ y la certificación del bono pensional⁵ 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 17 de mayo de 1991 al 31 de diciembre de 1994.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado, el 12 de octubre de 1995 elevó solicitud de traslado a Protección S.A., con fecha de efectividad **01 de noviembre de 1995**. Posteriormente, el 14 de mayo de 2015 solicitó el traslado de Protección S.A. a Porvenir S.A, el cual se hizo efectivo el **01 de julio de 2015**, última AFP en la que continua afiliada.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la

¹ Archivo 04 – PDF – Páginas 1 a 4.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 151 a 165.

³ Archivo 01 – PDF, página 75 y 294.

⁴ Archivo 01 – PDF – Página 293.

⁵ Archivo 01 – PDF – Página 302 A 304.

actora al RAIS, no se le brindó ninguna asesoría. Se omitió el deber de información que tienen para con los afiliados frente las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

2.3.3. Para la Sala, los fondos privados demandados 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos 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 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 de las recurrentes concernientes a que, la afiliación de demandante se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Por tanto, se despacha de manera desfavorable los argumentos de las recurrentes, concerniente a que, el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la afiliada.

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.

Nótese además, 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 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 no solo las cotizaciones efectuadas por la actora, sino además, los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros provisionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora. A Protección S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

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 Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342).

La Sala adicionará a la sentencia, la orden a los fondos privados demandados de efectuar la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, lo cual 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**”.*

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses, la mentada Corporación en providencia SL4435 de veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación n.º 85965, indicó: *“Por otro lado, conforme lo expuesto en el fallo CSJ SL3199-2021, se modificará el primer proveído, en el sentido de precisar que Porvenir S. A. deberá devolver a Colpensiones, lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, los bonos pensionales y **sumas adicionales** con los rendimientos que hubiera causado, así como, «lo recaudado por concepto de*

comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que [aquella] permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima». Por tanto, se aviene procedente el traslado de dicho concepto.

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, SL2611-2020 y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342, 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 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 Porvenir S.A., y en favor de la actora. Teniendo en cuenta que se concedió de manera parcial el recurso interpuesto por Colpensiones, no se condenará en costas.

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.** a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por la *a quo*, las cotizaciones, los rendimientos financieros, lo recaudado por comisiones y gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció allí afiliada la demandante, así como los valores de las primas de los seguros previsionales, el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora. Por su parte, **Protección S.A.** deberá igualmente trasladar estos conceptos por el tiempo que permaneció afiliada en ese fondo.


SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


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)*