



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009-2021-00259-01
Juzgado de origen:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Legui Yasmiye Galíndez Arbeláez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	375

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, contra la sentencia No 253 emitida el 22 de julio 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-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con los

rendimientos financieros. Pide además, lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 01 a 28 – Archivo 02 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

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

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 02 a 15 – Archivos 11 PDF, 12 a 41- Archivo 20 PDF y 02 a 25 y 03 a 07 -Archivos 13 y 17 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. El *A quo* dictó sentencia No 253 emitida el 22 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 la demandante a Protección S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. **Tercero**, como consecuencia de lo anterior, la señora Legui Yasmiye Galíndez debe ser admitida al RPM sin solución de continuidad y cargas adicionales, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición, una vez Porvenir S.A realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros. **Cuarto**, ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones todos los aportes realizados al RAIS con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros. **Quinto**, ordenar a Colpensiones que cargue a la historia laboral de la actora, los aportes realizados por ésta a Porvenir S.A., una vez le sean devueltos los anteriores conceptos. **Sexto**, absolver a Protección S.A. y Porvenir S.A., de las demás pretensiones demanda. **Séptimo**, Condenar en costas a la parte demandada. **Octavo**, ordenar surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que no se demostró, por parte de las AFP, haber cumplido con el deber de información al momento del traslado. Que no explicaron las consecuencias del cambio de régimen. Que no existe comunicado dirigido a la actora con el fin que se acercara a recibir asesoría necesaria del derecho que tenía de retractarse, ni respecto a la posibilidad de regresar al RPM. De esta manera, manifestó que se invierte la carga de la prueba y corresponde a Porvenir y Protección S.A. probar

que actuaron de manera diligente. Adujo que la demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica que, por tratarse la afiliación a un determinado derecho pensional, el mismo no prescribe.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Colpensiones formulo recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que la actora se encuentra en la prohibición expresa señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Que debe demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, toda vez que no demostró un vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe. Dice que para el momento de la afiliación era imposible conocer el salario base de cotización y calcular una futura mesada pensional. Señala que la afiliación de la demandante cuenta con plena validez, como se demuestra con el formulario de traslado; aunado a que permaneció por más de 25 años en el fondo privado sin mostrar inconformidad alguna.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

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

5.2. Colpensiones, Porvenir S.A., la parte demandante y Protección S.A.

Los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. se pronunciaron mediante escritos visibles a folios 01 a 03 Archivo 06, folios 58 a 60 Archivo 07 PDF, folios 03 a 04 Archivo 08 PDF, respectivamente (cuaderno Tribunal). **La parte demandante** a folios 01 a 04 Archivo 09 PDF del cuaderno del Tribunal.

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".

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 a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los gastos de administración, primas, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados. 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 las AFP Porvenir S.A. y Protección 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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la información suministrada por Colpensiones², Porvenir S.A.³, del reporte estado de cuenta de Protección S.A.⁴, de la certificación de Asofondos⁵, el certificado para bono pensional⁶ y de los formularios de traslado al RAIS⁷; que la 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 24 de abril de 1992 al 31 de agosto de 1995.

- b. Según los formularios de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el

² Fls. 15 a 19 Archivo 03 PDF

³ Fls. 26 a 38 y 41 a 66 Archivo 13 PDF

⁴ Fls. 42 a 45 Archivo 12 PDF

⁵ Fls. 46 Archivo 12 PDF y 05 a 07 Archivo 12 PDF

⁶ Fls. 78 a 82 Archivo 13 PDF

⁷ Fls. 39 Archivo 13 PDF

05 de julio de 1995, la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva el 01 de agosto de 1995 hasta el 31 de julio de 1997. Posteriormente, el 06 de junio de 1997 se trasladó a Porvenir S.A. con fecha de efectividad del **01 de agosto de 1997**.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la demandante le fue informado que obtendría una mayor mesada pensional en el fondo privado. No le fue explicado las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas; así como tampoco el derecho a retractarse.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Dice que fue ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación. Que no existía razón jurídica ni fáctica que le impidiera cambiar de régimen (Flios 02 a 25 y 03 a 07 -Archivos 13 y 17 PDF).

Por su parte, Protección S.A. argumenta que brindó a la demandante la información necesaria sobre las características y particularidades del RAIS. Que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales. Por tal motivo, goza de plena validez (Flios 12 a 41- Archivo 20 PDF).

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 beneficiaria del mismo (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 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 la 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.

Dígase, además, que, dentro del interrogatorio de parte formulado a la actora, ésta señaló que le fue informado que el ISS se acabaría. Indicó además, que lo explicado por el fondo probado no era veraz frente a su mesada pensional. (Archivo 24 PDF Mto 20:58 a 24:42) Lo que demuestra que no le fue suministrada la información suficiente a la parte demandante.

Luego, tampoco es de recibo los reproches concernientes a que a la demandante permaneció por más de 25 años en el RIAS y 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 es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

*“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**”.* Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

Por último, 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**. 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 el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. A Protección S.A. le compete trasladar estos conceptos por el período respectivo debidamente indexados.

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 Protección 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 no ordenar a Porvenir S.A. la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a la misma, no se ajusta a derecho. En efecto, 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**”.*

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, los gastos de administración, primas, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. A Protección S.A. le compete trasladar estos conceptos por el período que estuvo afiliada la demandante, debidamente indexados.

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.

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 Colpensiones, en favor de la actora.

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 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, lo recaudado por comisiones y gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció allí afiliado, así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. **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 cargo de Colpensiones 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
archivo judicial

FABIO HERNÁN 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)