



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-011- 2020-00283-01
Juzgado de origen:	Once Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Myriam Belisa Vega Restrepo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	03

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, contra la sentencia No. 181 emitida el 19 de octubre 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 absoluta del traslado del RAIS administrado por Porvenir S.A. al RPM en Colpensiones. Como consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes y capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora junto con los frutos e intereses y gastos de administración. Asimismo, requiere se condene en costas a cargo de las demandadas. (Pág. 2 a 10 – Archivo 03 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

La demandada Colpensiones, mediante escrito visible en las páginas 3 a 12 (archivo 08) y Porvenir S.A., mediante anexo en las páginas 02 a 22 (archivo 11), dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 181 emitida el 19 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la actora al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Segundo**, condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión al traslado de la demandante. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, todas las comisiones y gastos de administración por el tiempo que estuvo afiliada a la entidad. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones a que reciba las sumas provenientes de Porvenir, para mantener su estabilidad financiera y financiar la prestación. **Quinto**, condenar en costas a las entidades demandadas. **Sexto**, ordenar la consulta en favor de Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las

características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. De esta forma, concluyó que debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

Señaló, en resumen, que el formulario de afiliación constituye prueba plena de la voluntad del demandante para trasladarse del RPM al RAIS, administrado por Porvenir y que como quiera que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional, no están llamadas a prosperar las pretensiones de ineficacia del traslado. Agregó que dentro del proceso no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento, porque para el momento de la afiliación al RAIS era imposible proyectar una mesada pensional.

Advirtió que el presente caso no se trata de un afiliado lego, pues la obligación del afiliado es informarse de las características de los regímenes pensionales antes de tomar la decisión de trasladarse. La actora desplegó actos de relacionamiento que implican y evidencian el compromiso de permanecer al RAIS. Expresó que las asesorías de los fondos privados no pueden declararse como un mal o buen consejo, ya que de ser así se usurparía la voluntad del afiliado y se negaría su capacidad de ejercicio.

Finalmente, señaló que no se demostró engaño o coacción para cambiarse de régimen. En consecuencia, solicitó se absuelva de las condenas a Colpensiones, especialmente la condena en costas.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Indicó que la actora no demostró los supuestos vicios en el consentimiento al momento de efectuar el traslado de régimen, pues no se demostró error, fuerza o dolo. Señaló que no se hizo uso al derecho de retracto en la afiliación ni manifestó el deseo de regresar al RPM. Agregó que para la época de la afiliación no se le exigía al fondo suministrar la asesoría en los términos establecidos en la actualidad por la jurisprudencia. Expresó la necesidad declarar la excepción de prescripción sobre la acción del traslado.

Manifestó que la declaración de ineficacia obliga a compensar los rendimientos generados con los gastos de administración, teniendo en cuenta que se actuó conforme la legislación. Aunado a ello, solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo 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:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.:

Los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones mediante escritos visibles a folios 02 a 11 Archivo 05- PDF y 04 a 10 Archivo 06- PDF del cuaderno del Tribunal. **La parte demandante** no se manifestó al respecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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".

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? ¿Se configuraron actos de relacionamientos por parte de la actora?

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 las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, primas, asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

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

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP 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 Porvenir 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 historia laboral de Porvenir S.A.², el formulario de afiliación³, el historial de vinculaciones de Asofondos⁴ y el certificado de bono pensional⁵, que la demandante 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, desde el 24 de julio de 1987 al 30 de junio de 1995.

² Pág. 110 a 123 - Archivo 11 - PDF

³ Pág. 57 – Archivo 11 - PDF

⁴ Pág. 56 – Archivo 11 - PDF

⁵ Págs. 126 a 127 – Archivo 11 - PDF

- b. En el Régimen de Ahorro Individual, la accionante solicitó el traslado a Porvenir S.A. el 28 de abril de 1997, haciéndose efectiva a partir del **1° de junio de 1997**, administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no recibió un estudio pensional al momento del cambio de régimen como tampoco se le informó el valor que sería su pensión, ni la proyección de la misma, ni siquiera se mencionaron las ventajas o desventajas de pertenecer al RAIS o al RPM.

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya 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 de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito 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 debían suministrar las 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 actora se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que se encuentra cerca de cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la demandante.

Ahora bien, en la apelación Colpensiones manifestó que las actuaciones y los traslados horizontales efectuados por el accionante representan **actos de relacionamiento**, los cuales, permiten inferir la voluntad del afiliado de continuar en el RAIS y colegir que tenía vocación de permanencia en dicho régimen. Sin embargo, ese argumento no es aceptable para esta Sala, pues, como lo ha sostenido la CJS en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia

SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, 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.

Asimismo, en sentencias SL2753-2021 y SL1061-2021, se señala por las Salas de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte, que los actos de relacionamiento son mecanismos o elementos que permiten concluir que un afiliado contaba con la plena convicción de su elección pensional, que *pueden verse traducidos en acciones concretas, tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros*. Sin embargo, allí mismo se advierte que dicho argumento no constituye un cambio de jurisprudencia o una modificación al criterio de las Altas Cortes, tampoco una exoneración del deber de información y la carga probatoria en cabeza de los fondos de pensiones, ya que cada caso depende del ejercicio probatorio de las partes dentro del proceso, en el que se pueda determinar si el afiliado tenía el suficiente conocimiento sobre uno y otro régimen que le permitiera discernir sobre la conveniencia de uno u otro, para adoptar la decisión de continuar en el régimen en el que se encuentra.

Bajo este panorama, no se colige que al demandante le hubiesen suministrado la información completa y verídica sobre las consecuencias del cambio de régimen, tampoco que tuviera el suficiente conocimiento sobre las implicaciones de uno u otro régimen, que conlleve a concluir que su decisión de continuar en el Régimen de Ahorro Individual se debía a que consideró que su traslado se constituía en la mejor opción para sus intereses.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la demandante 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, bonos pensionales,

comisiones, primas, asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Aunado a ello, conforme los argumentos del apoderado de Porvenir, no resulta procedente declarar probada la excepción de compensación.

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).

Por otra parte, frente a la excepción de compensación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464-2019, aclaró que dicha excepción procede únicamente en aquellas circunstancias en las cuales se ha reconocido el

derecho principal o se ha pagado la devolución de saldos, en cuyo caso el demandante se aprecia como el deudor del Sistema General de Pensiones por deber a la entidad administradora los recursos con los cuales se va a financiar su pensión.

En consecuencia, se deberá confirmar la sentencia apelada y consultada, en este 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, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a los resultados del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *A quo* a las entidades demandadas.

6. 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 y Porvenir S.A., 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: CONFIRMAR en todo, la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Porvenir S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA.


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*