



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003-2019-000127-01
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Teresita Villegas Becerra
Demandados:	- Colpensiones - Old Mutual hoy Skandia S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	25

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 Skandia S.A., contra la sentencia No. 79 emitida el 11 de marzo 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-, y posteriores

traslados entre AFP de este régimen. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses sin descuentos por administración, los cuales deberán ser pagados por las AFP por su conducta indebida. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Demanda en páginas del 181 a 205 y subsanación del 210 a 215 y 220 a 243 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Old Mutual hoy Skandia S.A. y Porvenir S.A.

Colpensiones mediante escrito visibles a páginas 321 a 326 y subsanado mediante escrito visible a páginas 556 a 563 – archivo 01 PDF. Skandia S.A. a páginas 361 a 381 y subsanado a páginas 564 a 575 – archivo 01 PDF. Por último, Porvenir S.A. a páginas 472 a 494 y subsanado a folios 514 a 520 – archivo 01 PDF; 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.)

2.2. Protección S.A.

Mediante auto, el fondo privado fue integrado a la Litis y anexó contestación de la demanda mediante escrito a folios del 591 a 597, archivo 01. No obstante, a través de auto interlocutorio No. 482 (pág. 600 a 601) se desvinculó a la demandada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 79 emitida el 11 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia del traslado que hizo la parte actora al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y el posterior traslado entre fondos a Skandia S.A. **Segundo**, ordenó a Skandia trasladar los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante al RPM administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenó a Colpensiones que proceda a aceptar el traslado de la actora desde el RAIS al RPM, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, condenar en costas a las partes vencidas en juicio.

Se absolvió a Colpensiones por las razones señaladas en la parte motiva. **Quinto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de demostrar que brindó esa información necesaria y suficiente al afiliado para que este concluyera en un traslado. Igualmente, expresó que la falta de información por parte de los fondos se traduce en la inversión de la carga de la prueba, pues a ellos les corresponde demostrar que cumplieron con el deber de información.

Indicó que la firma del formulario de traslado no puede considerarse como consentimiento debidamente informado, por lo tanto, dada la falta de información los traslados están afectados de ineficacia. En cuanto a la prescripción, señaló, citando jurisprudencia, que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, así como el derecho ciudadano a revindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Old Mutual hoy Skandia S.A. formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Skandia S.A.

4.1.1. Indica que a la demandante se le explicó todos los detalles de su afiliación, tomando la actora la decisión libre de vincularse con esta AFP, que la demandante se afilió de forma libre, voluntaria y sin presiones tal como se puede apreciar en la solicitud de afiliación. Sobre los gastos de administración manifestó que por cada aporte el 16%, el 3% se destinó a cubrir estos gastos y pagar el seguro previsional de la compañía de seguros, descuentos que son debidamente autorizados por la Ley; además, dicha gestión se ha visto evidenciada en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual, por tanto no es procedente ordenar la devolución de lo descontado por estos rubros.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Señala que la afiliación al RAIS goza de plena validez jurídica puesto que en la demanda no se demostró el error o vicio al momento de realizar el traslado. Que al momento del traslado la actora se encontraba en pleno derecho de hacer dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley por parte de esta entidad, pues de haberse negado dicho proceso de la demandante se habría incurrido en una violación al derecho de libre elección que a ella le asistía. Finalmente, agregó que no es procedente la declaración de ineficacia por cuanto la demandante no le está permitido trasladarse de régimen al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

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 2020, se pronunciaron, así:¹.

5.2. Parte demandante, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones

Dentro del término legal Skandia S.A., a folios 06 a 09 Archivo 05 PDF, Protección S.A. a folios 06 a 09 Archivo 06 PDF, Porvenir S.A. a folios folios 01 a 09 Archivo 07 PDF y la parte actora a folios 01 a 09, respectivamente (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión.

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 Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene el traslado de los dineros en la cuenta individual de la demandante, tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración? Asimismo, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de gastos de administración por el tiempo de afiliación de la actora?

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 las AFP Skandia 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta 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 Skandia S.A.³, PorvenirS.A.⁴, de la certificación de Asofondos⁵, de los formularios de traslado al RAIS⁶ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁷; 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 06 de agosto de 1986 al 31 de julio de 1994.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 25 de julio de 1994, la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria con efectividad el 01 de agosto de 1994, AFP que, en virtud de una cesión, se trasladó a la AFP Porvenir fondo de pensiones y cesantías, última entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la demandante le infundieron temor de que el ISS iba a desaparecer y sus aportes a perderse, que le forjaron falsas expectativas, y no se le brindó información cierta, clara, suficiente y oportuna respecto de los beneficios y desventajas de continuar en el RPM.

² Fls. 301 a 302 - Archivo 01 PDF

³ Fls. 382 a 389 y 310 a 318 - Archivo 01 PDF

⁴ Fls. 500 a 504 - Archivo 01 PDF

⁵ Fls. 497 a 498 - Archivo 01 PDF

⁶ Fls. 32, 396 y 454 - Archivo 01 PDF

⁷ Fls. 390 a 392 - Archivo 01 PDF

Por su parte, Skandia S.A. y Porvenir S.A. dieron respuesta al introductorio indicando la demandante se afilió de forma libre y voluntaria, que se le informó al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a esta. Que el traslado se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, que de lo anterior da cuenta su firma en el correspondiente formulario de traslado (Flios. 361 a 381 y subsanado a folios 564 a 575, y a folios 472 a 494 y subsanado a folios 514 a 520 – Archivo 01 PDF respectivamente).

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 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 afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

También se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09

de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

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**. Skandia S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos financieros, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración. A Porvenir S.A., también le compete trasladar los gastos de administración por el periodo respectivo, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este último punto.

3.1.1. 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 a la afiliada, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiaria, 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.

3.1.2. 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 Skandia 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 devolución del rubro denominado gastos de administración en el tiempo en que el demandante estuvo vinculado a esta, 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**”.*

3.1.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formarán parte de la cuenta individual del afiliado. En consecuencia, se confirmará el fallo en ese sentido y se adicionará la condena a Porvenir S.A., consistente en devolver los gastos de administración a Colpensiones.

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.

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 cargo de Colpensiones y Skandia 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: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, los gastos de administración, primas y porcentaje destiando al Fondo de Garantía de pensión mínima debidamente indexados, por el tiempo en que la señora Teresita Villegas Becerra, estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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 Skandia 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
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Ver

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA



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