



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-015-2019-00099-01
Demandante:	Luz Elena Moreno Lasprilla
Demandado:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Juzgado:	Juzgado Quince Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	182

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 el apoderado judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No. 107 del 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Pretende la demandante se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, debido al incumplimiento al deber de información al no otorgar una asesoría veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y desventajas que implicaba el traslado del régimen, por parte de Porvenir S.A. En consecuencia, que se ordene al fondo privado, a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas, en favor

de la actora. Finalmente, requiere el reconocimiento de lo ultra y extra petita, junto con el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 3 a 35).

2. Contestaciones de la demanda.

Colpensiones

La entidad demandada, mediante escrito visible a folios 82 a 86 (Archivo 01 PDF), se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. En la contestación indicó que no le constan los supuestos alegados en el libelo demandatorio, que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS administrado por Porvenir S.A. Propuso la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN”* y la *“INNOMINADA”*.

Porvenir S.A.

La Administradora demandada, mediante escrito visible a folios 93 a 115 (Archivo 01 PDF), se opuso a las pretensiones incoadas por la parte actora y argumentó que la afiliación al RAIS, se efectuó con el lleno de los requisitos legales; por ende, el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin pensiones. Formuló como excepciones de fondo, la de *“PRESCRIPCIÓN”*, *“FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”*, *“BUENA FE”*, *“PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO”*, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

3. Decisión de primera instancia

Por medio de la Sentencia No. 107 del 10 de marzo de 2020, el *A quo* decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado que efectuara la demandante del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por Porvenir S.A., que data del 29 de abril de 1994. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a vincular a la demandante en el Régimen de Prima Media, como si nunca hubiera estado en el RAIS. **Cuarto**, ordenar al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorros de la parte actora, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados. **Quinto**, condenó en costas a Porvenir S.A. y exoneró a Colpensiones del pago de las mismas.

Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que, conforme a la basta jurisprudencia de la CSJ y la Corte Constitucional, sobre el deber de información y las ineficacias del traslado, se ha establecido que es obligación del fondo demostrar que suministró la información necesaria y suficiente al afiliado, antes de trasladarse del RPM al RAIS. Con relación al formulario de afiliación, se determinó que no es suficiente para probar el cumplimiento del deber de información. En ese orden de ideas, concluyó que Porvenir S.A. no arrió pruebas para demostrar que asesoró a la señora Luz Elena Moreno Lasprilla, en los términos legales indicados; por ende, declaró la ineficacia del traslado con resultados económicos que ello implica.

4. La apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación.

El apoderado señaló, en resumen, que, conforme a la carga dinámica de la prueba, a la AFP no le asiste el deber de probar hechos de carácter indeterminado de tiempo, modo y lugar, pues es imposible su demostración, más, cuando se trata de un acuerdo de voluntades ocurrido hace más de 26 de años, como lo es la afiliación al RAIS efectuada por la demandante. Agregó que el deber de información evolucionó con la jurisprudencia de las Altas Cortes, por tanto, el juez debe ampliar la interpretación sobre la carga de la prueba en cabeza de los Fondos.

Finalmente, indicó que, el término de ineficacia es muy amplio, sin embargo, si se hablara en términos de nulidad por vicios en el consentimiento, se configuraría una nulidad relativa que se sana con el paso del tiempo o ratificación de las partes, lo cual, se evidencia en el presente caso, toda vez que la demandante ha estado afiliada a Porvenir S.A. por más de 20 años.

5. Trámite de segunda instancia

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:

5.1. Porvenir S.A.

Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, argumentando que la demandante no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento ni las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil al momento de la afiliación. No existen causas ilícitas ni conductas viciadas de error, fuerza o dolo; por ello, no es procedente declarar la ineficacia del traslado de la actora. Señaló que el traslado de régimen fue de forma libre y voluntaria, que se brindó la asesoría completa y necesaria a la accionante, además, el formulario de afiliación no fue tachado de falso ni se presentaron inconformidades al respecto.

Respecto de los gastos de administración y la orden de devolver sumas adicionales, argumentó que fueron descuentos autorizados por la norma. Las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

5.2. Colpensiones

Manifestó que el traslado efectuado en el año 1994 por la demandante goza de plena validez, además, se encuentra en la prohibición de la norma que prohíbe el cambio de régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez, ya que en la actualidad la actora cuenta con 57 años de edad.

Argumentó que no quedó demostrado los vicios en el consentimiento que configuren una nulidad del acto jurídico de afiliación y permitan declarar la ineficacia del traslado, por lo tanto, solicitó al Tribunal Superior revocar la sentencia emitida por el A quo.

5.3. Demandante

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido para tal fin.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

- 1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
- 1.2. ¿Son saneables los vicios en el consentimiento, respecto de las ineficacias del traslado del régimen pensional?

2. Respuesta al primer problema jurídico

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.

Como fundamento de la tesis mencionada, se tiene que, 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 de cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y

relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: **“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”** y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de

justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

3. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², los formularios de traslados de régimen pensional³ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁴, se desprende que la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

Trámite	AFP origen	AFP destino	Fecha del formulario	Folios
Vinculación inicial	ISS – hoy Colpensiones	-	08/06/1984	87, expediente administrativo, CD
Traslado	ISS – hoy Colpensiones	Porvenir S.A.	29/04/1994	38 y 116, archivo 01, pdf

Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que hubiese brindado, a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. 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 (Fls. 38 y 116), 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.

¹ Fl. 87, expediente administrativo, PDF, CD.

² Fls. 163 a 173, archivo 01, expediente digital.

³ Fls. 38 y 116, archivo 01, expediente digital.

⁴ Fl. 118, archivo 01, expediente digital.

En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no logró probar la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión. 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).

Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en el recurso de apelación. Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la accionante se mantuvo por más de 20 años en el RAIS, como tampoco que le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Porvenir S.A.

En consecuencia, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por la señora Luz Elena Moreno Lasprilla al RAIS, que se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 1994** (Fl. 118, archivo 01, ED). Por tanto, se confirmará el fallo de primer grado.

4. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **negativa**. La ineficacia del traslado de régimen pensional es insaneable, ya que, resulta improcedente sanear aquello que nunca produjo efectos. Al respecto, la CSJ en sentencias SL1467-2021 y SL1465-2021, ha recordado que la consecuencia de una afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto, “*y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC)*”. Lo anterior, tiene sus bases en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, donde se estableció que la violación al derecho de la libre escogencia del trabajador al régimen pensional, acarrea la ineficacia, dejando sin efectos el acto jurídico de la afiliación, ordenando retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc* o desde siempre.

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 Porvenir S.A., en favor de la actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada No. 107 del 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas.

SEGUNDO: 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, por lo antes expuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales


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)