



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicado:	76-001-31-05-012-2019-00758-01
Demandante:	Teresa Ramos Caraballo
Demandado:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Juzgado:	Juzgado Doce Laboral Del Circuito De Cali
Asunto:	Revoca parcialmente y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	184

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. 264 del 25 de noviembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Como antecedentes fácticos, relevantes y procesales, se tienen los contenidos en la demanda visible en los folios 35 a 43 del archivo 01 digitalizado; la contestación por parte de Colpensiones militante a folios 54 a 62 del expediente virtual del Cuaderno del Juzgado, y a folios 81 a 98 la contestación y la subsanación a folios del 1 a 55 del archivo 06 del expediente virtual, por parte de Porvenir S.A., los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

2. Decisión de primera instancia

2.1. Por medio de la Sentencia No. 264 del 25 de noviembre de 2020, la *A quo* decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir; **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la demandante a Porvenir S.A., conservándose, en consecuencia, la afiliación al RPM administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; **Tercero**, condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual la señora Teresa Ramos Caraballo, junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, incluidos los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los anteriores emolumentos; **Cuarto**, exonerar en costas a Colpensiones; **Quinto**, condenar en costas a Porvenir S.A. a favor de la accionante, **Sexto**, no conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que no se impone condena en su contra.

2.2. Para arribar a tal decisión, la juez de primera instancia manifestó que, teniendo en cuenta el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia, la afiliación a cualquier régimen de pensiones debe ser producto de la decisión libre y voluntaria del afiliado, para lo cual, las administradoras de fondos de pensiones, tienen la obligación de otorgar una información clara, completa y verídica sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional. Expresó que, si bien no existió coacción ni fuerza al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, el fondo privado Porvenir S.A. faltó al deber de información, pues no bastaba con ofertar los beneficios del RAIS, sino que debía asesorar a la afiliada sobre las diferencias entre el RAIS y el RPM, las condiciones especiales y características de cada una de ellas, así como los derechos y obligaciones de la usuaria.

2.3. Indicó que el deber de información no se creó con la jurisprudencia, sino que surgió con las normativas aplicables para la época del traslado y sigue vigente en la Ley 100 de 1993. Agregó que el fondo privado tenía la carga de probar que sí cumplió con la obligación de asesoría. Sin embargo, no demostró ni arrió pruebas al proceso que permitieran concluir que Porvenir S.A. cumplió con su deber de información.

3. La apelación

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

3.1 Apelación Porvenir S.A.

El apoderado del fondo privado, manifestó, en resumen, que Porvenir S.A. cumplió con las obligaciones en materia de información que el ordenamiento legal exigía para la época del traslado de la demandante. Asimismo, expresó que la parte actora no demostró vicios en el consentimiento que pudieran configurar la ineficacia del traslado. Agregó que, en caso de declararse la ineficacia del traslado, se debe entender que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS, que sus aportes no estuvieron en la cuenta de ahorro individual, y, en ese sentido, no se generaron rendimientos, por ende, no hay lugar a devolverlos. Por último, declaró que debía declararse la prescripción de la acción y la excepción de compensación, teniendo en cuenta que los rendimientos se compensaron con los gastos de administración.

4. Trámite de segunda instancia

4.1. 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:

4.1.1. Demandante

Informó que el fondo privado faltó al deber de información, pues no brindó una asesoría de manera clara y eficaz, al contrario, los engaños, silencios e información parcializada por parte del profesional de Porvenir S.A., llevaron a la actora a optar por el cambio del régimen de RPM al RAIS.

4.1.2. Porvenir S.A.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que durante el proceso la actora no logró demostrar vicios en el consentimiento de que trata el artículo 1741 y 1598 del Código Civil, al momento de efectuar el traslado de régimen; por lo tanto la afiliación resulta ser legal y eficaz, además, la ratificación tácita de la parte demandante

quien durante los 23 años de permanencia en el RAIS no presentó inconformidades tampoco invocó su derecho al retracto, el cual estuvo garantizado por parte del fondo.

Señaló que brindó la asesoría oportuna, completa, clara y sin lugar a interpretaciones distintas, por lo que la afiliación se llevó a cabo de forma libre y voluntaria por parte de la accionante. En consecuencia, no es viable declarar la ineficacia del traslado, por falta de fundamento legal; en caso de insistir en invalidar el negocio jurídico, solo es procedente la devolución de los ahorros de la cuenta individual y los rendimientos, tal como lo estipula la Ley 100 de 1993 en su artículo 113. La devolución de sumas diferentes a las mencionadas, como los gastos de administración o primas de seguros, atenta la seguridad jurídica y va en contra de la jurisprudencia de las Altas Cortes.

4.1.3. Colpensiones

Manifestó que la afiliación de la demandante es válida, vigente y conforme a derecho, pues se realizó de forma voluntaria y sin presiones; además, no acreditó vicios en el consentimiento que pudieran configurar una nulidad del acto jurídico. Señaló que al declarar la ineficacia del traslado, se le imponen cargas a Colpensiones que generan una inestabilidad jurídica y financiera.

Advirtió que en caso de declarar la ineficacia, se ordene al fondo privado a devolver todas las sumas en la cuenta, incluidos gastos de administración, comisiones, primas de seguros y porcentaje al fondo de pensión mínima. Adicionalmente, solicitó revocar la condena en costas ya que no existió negligencia en el actuar de la Administradora.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Resulta improcedente conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones?

1.2. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.3. De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.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, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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

1.5. ¿Es viable declarar probada la excepción de compensación?

2. Respuesta al primer problema jurídico

La respuesta al primer interrogante es **negativa**. Fue desacertada la decisión de la juez primigenia al negar la consulta en favor de Colpensiones, pues conviene recordar que el inciso 2º del artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, previó la consulta de las sentencias de primera instancia, cuando fueren adversas a la Nación, Departamento o Municipio y de aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, con el fin de proteger el erario público. Así, cuando la sentencia de primera instancia resulte desfavorable a los intereses de una entidad pública como Colpensiones, en que la Nación es garante, que en el caso de la ineficacia del traslado le asigna una carga a la entidad que en principio no tenía, el Tribunal tiene el deber de estudiar íntegramente la decisión. (CSJ STL7382-2015, reiterada entre muchas otras, en la CSJ SL2807-2018, CSJ SL4536-2019 y CSJ SL247-2021) Por ende, se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera, para en su lugar, conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta en lo no apelado por el apoderado de Colpensiones.

3. Respuesta al segundo problema jurídico

3.1. La respuesta al segundo interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a 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 de lo que implicaba su cambio de fondo pensional. Al no cumplir con esta carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

3.2. 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 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.

3.3. 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; lo cual, incluye la omisión de suministrar la información completa y verídica que imposibilite al trabajador la escogencia de un fondo que fuese más beneficioso a sus propios intereses, 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.

3.4. 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.

3.5. 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.

3.6. 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).

3.7. 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.

3.8. 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*”.

3.9. 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.

4. Caso en concreto.

4.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², del formulario de traslado 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	Folio
---------	------------	-------------	----------------------	-------

¹ Fls. 1 a 5 del expediente administrativo, pdf

² Fls. 12 a 27, archivo 06, expediente virtual.

³ Fls. 5 a 6, archivo 06, expediente, virtual.

⁴ Fl. 55, archivo 06, expediente, virtual.

Traslado	ISS – hoy Colpensiones	Porvenir S.A.	03/01/1998	05, archivo 06, pdf
Traslado	Porvenir S.A.	Horizonte	01/08/1998	55, archivo 06, pdf
Cesión por fusión	Horizonte	Porvenir S.A.	01/01/2014	55, archivo 06, pdf

4.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, no se le informó de la trascendencia de la decisión, como tampoco se proporcionó asesoría clara y acertada. Esas omisiones la indujeron a firmar el formulario de traslado. Ello, a pesar de que la AFP, tenía el deber de suministrar información diligente, respecto de los pro y contra del traslado. (Fls. 35 a 43, archivo 01 del ED)

4.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que, no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado (Fls. 81 a 98 del archivo 01 y del 1 a 55 del archivo 06 ED).

4.4. 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 (Fl. 5 y 6, archivo 06, ED), 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.

4.5. 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).

4.6. En consecuencia, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por la señora Teresa Ramos Caraballo al RAIS, que se hizo a partir del **01 de marzo de 1998** (Fl. 5 y 6, archivo 06, ED); Por tanto, se confirmará el fallo de primer grado.

5. Respuesta al tercer problema jurídico.

5.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

5.2. Lo anterior, teniendo en cuenta que, 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 otros.

5.3. 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).

5.4. En consecuencia, al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera instancia, se observa que el *A quo* condenó a la AFP Porvenir S.A. por éstos últimos conceptos; por tal motivo, se confirmará la parte resolutoria de la sentencia de primer grado, en dicho sentido.

6. Respuesta al cuarto 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. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

7. Respuesta al quinto problema jurídico

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Contrario a lo expuesto por el apoderado de Porvenir S.A., no se puede declarar una compensación de los rendimientos con los gastos de administración, puesto que son emolumentos que difieren entre sí, cuya restitución surge como consecuencia de la ineficacia declarada *ex tunc*, en la cual se deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; luego entonces, al declararse la ineficacia del traslado se debe entender que la afiliada nunca se cambió al régimen privado de pensiones; por ello, Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones no solo la totalidad del capital ahorrado, sino también, los rendimientos, los gastos de administración y demás sumas adicionales, con cargo a su propio patrimonio, pues dichos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

10. 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **Sexto** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

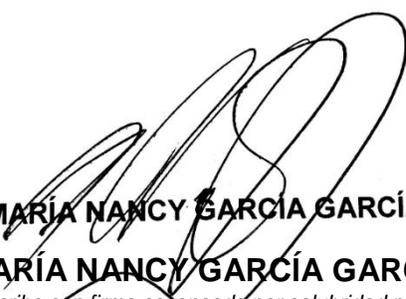


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota



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)*