



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-007- 2020-00362-01
Juzgado de primera instancia:	Séptimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Mónica Patricia Londoño Barrera
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	216

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 Porvenir S.A., contra la sentencia emitida el 08 de febrero 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 la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. traslade a Colpensiones los aportes, con los rendimientos causados. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 PDF – Fls. 1 a 2).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 02 a 13 (Archivo 08 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria. Que no se puede ordenar traslado de régimen de un afiliado, cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*,” “*LA INNOMINADA*,” “*BUENA FE*” y la “*PRESCRIPCIÓN*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 2 a 32 (Archivo 10 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, voluntaria e informada. Formuló como excepciones de fondo las de: “*PRESCRIPCIÓN*,” “*BUENA FE*,” “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*,” “*COMPENSACIÓN*,” y “*GENÉRICA*”

2.3. Intervención Ministerio Público.

Señaló mediante escrito visible a folios 2 a 7 (Archivo 07 PDF), que es a Porvenir S.A. a quien le corresponde probar que, en el proceso de traslado de régimen pensional, cumplió con el deber de información con transparencia máxima, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los requisitos legales y los parámetros jurisprudenciales. Por consiguiente, solicita se absuelva a Colpensiones y no se condene en costas.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 08 de febrero de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante con Porvenir S.A. **Tercero**, ordenó a Colpensiones, aceptar el regreso de la señora Mónica Patricia Londoño Barrera al régimen de prima media con prestación definida, conservando todos los beneficios que llegará a tener. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A. que traslade los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. **Quinto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a favor de la actora. **Sexto**, Sin costas a cargo de Colpensiones. **Séptimo**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. (Archivo 14 PDF – Fls. 1 a 4)

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo 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, completa y comprensible al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, explicando no solo los beneficios sino las consecuencias negativas del traslado y que la carga probatoria dentro del proceso recae en dichas entidades por cuanto su responsabilidad es profesional, por lo que de la firma del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información.

3.3. Indicó que, dentro del proceso brillaban por su ausencia las pruebas respecto que a la demandante se le haya brindado información sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen pensional; no se le indicaron las características del RAIS, ni se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de la afiliación, por lo que debía concluir que el traslado no fue transparente y debía dejarlo sin efectos jurídicos.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A. formuló recurso de apelación.

Manifiesta que no se acreditó en el proceso argumentos para validar la ineficacia del traslado conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Señala que cualquier solicitud

tendiente a verificar los vicios de la voluntad debe entenderse como nulidad relativa, y aun en ese escenario, no se demostró que los actos de vinculación adolezcan de error, fuerza o dolo. Añadió que la libre escogencia al régimen se materializó con la firma del formulario de afiliación. Solicitó que, en caso que no se tenga en cuenta los anteriores argumentos, no haya lugar a devolver: (i) Los bonos pensionales, pues no se acreditan dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante. (ii) Las sumas adicionales, toda vez que se obtiene en el momento que se reconozca la pensión y (iii) los gastos de administración, por ser una retribución de la gestión realizada. Que las comisiones no son del afiliado. Están autorizadas por la Ley como contraprestación a una buena gestión de administración. Hacerlo generaría un enriquecimiento sin justa causa y cobro de lo no debido. Indicó que la acción se encuentra prescrita. Que, aunque no prescriben los estados jurídicos, sí las obligaciones que emanen de esa gestión. Finalmente solicita se revoque la condena en costas.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Las apoderadas 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. Porvenir S.A:

Dentro del término legal, replicó argumentos similares a su contestación y a la alzada. Señaló que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Que se alegó, pero no se probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil. Por tal motivo, el acto jurídico de vinculación es eficaz. Dice que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta de dicho acto. Finalmente, expone que la actora se trasladó de forma libre y voluntaria. Se le brindó información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación. En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas señaladas en la sentencia de primera instancia.

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".

5.1.2. . **Parte demandante:**

Solicita se confirme el fallo de primer grado. Aduce que no se logró demostrar de manera fehaciente que se le brindo una asesoría pensional completa e integral, que pudieran haberle otorgado en su momento las herramientas necesarias para tomar una decisión libre y voluntaria, respecto a su futuro pensional.

5.1.3. **Colpensiones:**

Dentro del término legal, guardó silencio para formular 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?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿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, bonos pensionales, 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 procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Porvenir?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva** y al **segundo** **negativa**. 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. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

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 historia laboral de Colpensiones², Porvenir S.A.³, del certificado de la información laboral para bono pensional⁴, de la certificación de Asofondos⁵ y del formulario de traslado al RAIS⁶; 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, del 01 de agosto de 1995 al 31 de julio de 1996 (02 a 5 Archivo 03 PDF y Exp. Activo 09 PDF).
- b. Según el formulario de vinculación o traslado a folio 06 Archivo 03 PDF, 67 Archivo 10 PDF y de la historia laboral de Porvenir S.A. (Flios 08 a 15 Archivo 03 PDF y 69 a 121 Archivo 10 PDF), el 10 de febrero de 1997 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **11 de febrero de 1997**, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción recibió una mala asesoría, sin ser clara y acertada. No recibió explicación alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, las ventajas y desventajas, no se le informó de la trascendencia de la decisión. Que esas omisiones la indujeron a firmar el formulario de traslado.

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 (Flios 08 a 15 Archivo 03 PDF y 69 a 121 Archivo 10 PDF).

² Fls. 02 a 5 Archivo 03 PDF y Exp. Activo 09 PDF

³ Fls. 08 a 15 Archivo 03 PDF y 69 a 121 Archivo 10 PDF

⁴ Fsl 68 Archivo 10 PDF

⁵ Fls 122 Archivo 10 PDF

⁶ Fls. 06 Archivo 03 PDF, 67 Archivo 10 PDF

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 del mismo (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 (flío 06 Archivo 03 PDF, 67 Archivo 10 PDF), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP.

Dígase, además, que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor del fondo privado le aseveró que el extinto I.S.S. se acabaría y que lo mejor era el RAIS para obtener una buena mesada pensional. No le explicaron las consecuencias del traslado, ni se realizó una comparación entre los dos regímenes; como tampoco se hicieron proyecciones (mto 7:15 a 17:54)

Finalmente, 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 la AFP Porvenir S.A. 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 la AFP Porvenir S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, bonos pensionales, junto con el porcentaje de gastos de administración,

primas y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

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 otros.

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).

3.2.3. Finalmente, frente a la orden de devolver las sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales, debe entenderse que se trata de las sumas que ya formen parte de la cuenta de la afiliada, por lo que no se revocará en este tópico la sentencia apelada.

4. 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 tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de la apoderada judicial de Porvenir S.A. y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

5. Respuesta al quinto 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. 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 las resultas 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 Porvenir S.A.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y en favor de la actora, teniendo en cuenta la no prosperidad del recurso de apelación.

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 la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de la apelante Porvenir S.A., y en favor del 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
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento parcial de voto)



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