



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-004-2019-00418-01
Juzgado de origen:	Cuarto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Audrey Mary Matallana Rhoades
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	227

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 S.A., contra la sentencia No 223 emitida el 19 de noviembre de 2020. 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 Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta individual; así como el porcentaje correspondiente al fondo de

garantía de pensión mínima. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Folios 1 a 06 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 114 a 133 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la actora se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones. 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*”, “*INEXISTENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA*” “*PRESCRIPCIÓN*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 168 a 193 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, sin presiones o engaños. Que al suscribir el formulario de afiliación, conocía las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Formuló como excepciones de fondo las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*” y la *GENÉRICA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No 223 emitida el 19 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante en Porvenir S.A. **Tercero**, ordenó a esta última AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la accionante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones a recibir los conceptos antes enunciados, y que procediera afiliar a la demandante en esa entidad. **Quinto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta. **Sexto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones. (Archivo 01 PDF – Fls. 168 a 169).

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, la AFP tiene la obligación de brindar información clara, eficaz y suficiente, para que el futuro afiliado escoja la mejor opción del mercado. Se debe indicar las ventajas o desventajas de cada régimen pensional, sus características y el plan de pensiones. Manifestó que Porvenir S.A. no cumplió con la carga probatoria de demostrar lo antes expuesto. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. En lo que respecta a la prescripción, señala que la afiliación es un estado jurídico y hace parte integral del derecho pensional. Que la acción que busca la nulidad o ineficacia de una afiliación, no prescribe.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que el fondo de pensiones no indujo en error a la parte actora al momento de su afiliación. Que permaneció por más de 26 años al RAIS, sin manifestar voluntad alguna de trasladarse al extinto ISS hoy Colpensiones. Que ésta última entidad no la coaccionó para que retirara sus aportes. Finalmente, solicita que en caso de no acogerse sus argumentos, se revoque la condena por el pago de las costas.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

4.2.2. Solicita se revoque las condenas dadas a esa entidad. Señala que no debió declararse la ineficacia, toda vez que no se probó que faltaré alguno de los elementos esenciales de ese acto jurídico. Que tampoco procedía una nulidad, por cuanto no se acreditó que la demandante fuese una persona incapaz. Que en caso de presentarse alguna irregularidad, se estaría ante una nulidad relativa. Indicó que el consentimiento informado se materializó con los formularios de afiliación. Se garantizó el derecho de retracto, informándose sobre la posibilidad que tenían los afiliados de trasladarse. Que el deber de información estuvo conforme con las normas vigentes.

4.2.3. Manifiesta que en este caso opera la prescripción de la acción, porque la nulidad de los actos debe demandarse en los términos señalados por la Ley. Que la misma, no

versa sobre la adquisición del derecho pensional, sino sobre la nulidad o ineficacia del traslado. Por otra parte, arguye que no está de acuerdo con la condena emitida por los gastos de administración, pues son comisiones que ya están causadas y se descuentan un porcentaje para dichos gastos y para el seguro previsional contratado con la aseguradora. De esta manera, retornar las sumas de dinero a Colpensiones, generaría un enriquecimiento sin justa causa. Que si se declara la ineficacia todo vuelve a su estado original, y los rendimientos generados deben compensarse con los gastos de administración.

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. Colpensiones:

Reitera que la demandante no se le indujo en un error por parte de las AFP al momento de su afiliación, pues aceptó todas las condiciones propias del régimen del RAIS. Que no existió vicio en el consentimiento, y 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.

5.1.2. Porvenir S.A:

Señala que no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la Ley para declarar la nulidad absoluta; así como tampoco la ineficacia del acto jurídico por la falta del consentimiento informado. Que cumplió con la carga probatoria de suministrar la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación, como lo refleja el formulario de afiliación. Aduce que se le garantizó a la actora el derecho de retracto, por lo que su vinculación fue una decisión libre e informada. Finalmente, aduce que no hay lugar a devolver las sumas señaladas en la sentencia de primera instancia, pues

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".

condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero.

5.1.3. Parte demandante:

Solicita se confirme el fallo de primera. Indica que la parte demandada no le suministró información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que esa carga le correspondía al fondo privado.

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. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

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 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, el certificado laboral para bono pensional⁴, de la certificación de

² Fsl 21 a 24 Archivo 01 PDF

³ Fls. 31 a 53 Archivo 01 PDF

⁴ Fl 25 Archivo 01 PDF

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 10 de octubre de 1985 al 01 de septiembre de 1991.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado y de la historia laboral de Porvenir S.A., el 06 de mayo de 1994 la accionante se trasladó al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de junio de 1994 hasta el 30 de septiembre de 1998. Posteriormente, el día 05 de agosto de 1998 se trasladó a Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A. Siendo efectivo el traslado el 01 de octubre de 1998 hasta el 30 de septiembre de 2000. Finalmente se trasladó a Porvenir S.A. el 28 de agosto de 2000 con fecha de efectividad del 01 de octubre de 2000.

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 información insuficiente por parte del asesor comercial de Porvenir S.A. No le fue explicado las ventajas y desventajas, así como el derecho a retractarse del traslado. Tampoco se mostró cálculos o simulaciones de las pensiones que podía alcanzar en los diferentes regímenes pensionales, para comparar cuál resultaba más favorable. Que esas omisiones la indujeron a firmar los formularios de traslado.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que la afiliación de la actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS al suscribir los formularios (folios 168 a 193 (Archivo 01 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó

⁵ Fls 201 a 202 Archivo 01 PDF

⁶ Fls. 59 a 62 y 197 a 200 Archivo 01 PDF

los formularios de traslado suscritos por la actora, en los 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 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.

Dígase además, que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor del fondo privado, le aseveró que el ISS se acabaría y lo mejor era el RAIS para obtener una buena mesada pensional. Le fue informado que se podía pensionar a cualquier edad. No le explicaron las consecuencias del traslado, los elementos que se debían tener en cuenta para calcular la pensión; así como las ventajas de quedarse en el extinto ISS; tampoco si tenía derecho a retractarse. De esta manera, se vinculó de manera libre y voluntaria, convencida que era lo mejor, razón por la que, se trasladó al RAIS (Mto 55:53 a 1:07:40)

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la afiliación de la promotora de la acción se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

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 segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar a Colpensiones los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

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).

3.2.3. Precisamente, el apoderado judicial de Porvenir S.A., discrepa en su alzada de la condena por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, entendiendo que ellas se remiten al porcentaje destinado a seguros previsionales. Sin embargo, como se vio anteriormente, el 3% destinado para gastos de administración y seguros previsionales, así como el porcentaje para Fondo de Garantía de pensión mínima debe reintegrarse, dada la ineficacia del acto y que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

Colofón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado que ordenó trasladar los rendimientos financieros y gastos de administración.

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. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos del apoderado judicial de Porvenir S.A. y 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 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 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 Colpensiones.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y 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 las apelantes Colpensiones y 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
act. judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale
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)