



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-008- 2020-00446-01
Juzgado de origen:	Octavo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Josué Antonio Castaño Aristizabal
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	225

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, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., contra la sentencia No. 49 del 08 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo 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.

Procura el 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 condene a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales, intereses, gastos de administración y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 08 PDF – Fls. 01 a 17).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda, mediante escrito visible a folios 01 a 09 (Archivo 12 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Señaló que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es legalmente válido, por haberse conocido debidamente la información. 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”, “BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA”, “PRESCRIPCIÓN”, “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD”,* y la *“INNOMINADA O GENÉRICA”*.

2.2. Colfondos S.A.

A través de memorial visible a folios 01 a 18 (Archivo 14 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio y presentó excepciones de mérito. No obstante, mediante auto No 305 del 26 de febrero de 2021, se tuvo por no contestada la demanda, por presentarse de forma extemporánea. Providencia que no fue objeto de recurso. (folios 01 a 04 Archivo 19 PDF).

2.3. Porvenir S.A.

A través de auto No 305 del 26 de febrero de 2021, se tuvo por no contestada la demanda, pues dentro del término legal para pronunciarse, guardó silencio (folios 01 a 04 Archivo 19 PDF).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 49 del 08 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva; **Segundo**, declaró la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, a través de Porvenir S.A. y el posterior vínculo con la AFP Colfondos S.A. Ordenó a ésta última entidad, devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, como cotizaciones íntegras que incluye rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. Porvenir S.A., deberá devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esta AFP, con cargo a su propio patrimonio. **Tercero**, condenó en costas a Porvenir S.A. **Cuarto**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

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 y suficiente al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional. Que las AFP incumplieron con la carga probatoria que les correspondía. No informaron las consecuencias del traslado, los riesgos, no realizaron una proyección para establecer en cuanto ascendía el monto pensional entre ambos regímenes. Que aunque se haya trasladado a distintos fondos, ello no desvirtúa la ineficacia del acto jurídico inicial. Frente a la prescripción, indica que, en materia de derechos derivados de prestaciones periódicas, la Jurisprudencia ha decantado que en es estos tipos de casos no opera esta figura.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Porvenir.

4.1.1. Manifestó que no se logró probar el error, fuerza o dolo al momento de la afiliación. Que la parte demandante contaba con mecanismos legales para trasladarse al RPM. Sin embargo, continuó en el fondo privado, prueba de ello es que se trasladó a Colfondos S.A., ratificando su permanencia al RAIS.

No hizo uso del derecho al retracto, ni manifestó su intención regresar a Colpensiones.

4.1.2. Finalmente, solicita se revoque la condena emitida por gastos de administración, debido a que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa, pues estaría recibiendo unos rendimientos por la buena administración, sin haber pagado algún concepto por la gestión realizada. Que si se declara la nulidad o ineficacia, todo vuelve a su estado original, razón por la cual, los rendimientos generados deben compensarse con dichos gastos. Dice también, que los mismos se encuentran prescritos, teniendo en cuenta la fecha de suscripción formulario de afiliación.

4.2. Apelación Colfondos.

Solicita se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Señala que son comisiones destinadas a pagar las pensiones y prestaciones que deben reconocerse a sus afiliados. Que al permanecer el actor al RAIS, le permitió obtener rendimientos respecto de los dineros cotizados. Precisa que si estuviera en el RPM, no se hubiera beneficiado de dichos rendimientos, pues no es la funcionalidad de ese régimen.

4.3. Colpensiones.

Señala que para la época de afiliación, el actor se encontraba en pleno derecho de realizar esa solicitud, por lo que el procedimiento se ajustó a la Ley. Señala que no se puede ordenar el traslado de régimen de un afiliado, cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, siendo una prohibición legal.

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:

5.1.1. Porvenir S.A:

Dentro del término legal, indicó que el consentimiento de la parte actora no estuvo viciado por error, fuerza o dolo. Que el actor no suscribió el formulario de afiliación como incapaz absoluto. Precisa que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo establecido en los artículos 1742 y 1743 del Código Civil. Indica que el demandante permitió durante el tiempo de permanencia al RAIS, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Finalmente, señala que el afiliado recibió información suficiente y nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes, pese a los diferentes canales de atención con que contaba esa entidad.

5.1.2. Parte demandante.

Solicita se confirme el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que ni Porvenir S.A. y Colfondos S.A. contestaron la demanda. Que ésta última entidad y Colpensiones, dentro del término legal, no presentaron sus alegatos de conclusión.

5.1.3. Colpensiones:

La parte demandada, guardó silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

5.1.4. Colfondos S.A.

La parte demandada, guardó silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿Es acertado ordenar a Colfondos 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, así como a Porvenir S.A. el traslado de gastos de administración?

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

2. Respuesta 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 Porvenir S.A. y Colfondos S.A., demostrar que la afiliación del 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 AFP la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, de la información de Colpensiones¹, de la historia laboral del fondo de pensiones², y del certificado de la información laboral para bono pensional³, se desprende que el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 11 de agosto de 1985 al 11 de septiembre de 1985⁴.

¹ Fls.93 a 385 – Archivo 12 – PDF.

² Fls 08 a 13 – Archivo 04 – PDF

³ Fls 32 a 41 – Archivo 04 – PDF

⁴ La historia laboral presenta inconsistencias. Sin embargo, en el hecho segundo de la demanda se indica que empezó a cotizar desde el día 01 de marzo de 1977. Hecho Afirmado por Colpensiones en su contestación.

5.1.2. Según las historias laborales y la información suministrada en la demanda, el accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones S.A. Luego, por cesión con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., se trasladó a ésta última AFP en el mes de agosto de 1995. Porvenir S.A. absorbió a la última administradora pensional, teniendo como afiliado al demandante desde el mes de junio de 2000. Finalmente, se trasladó a Colfondos S.A., con fecha de efectividad 01 de marzo de 2004, administradora en la que ha continuado cotizando.

5.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió información sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de trasladarse de Régimen de Pensiones; así como de la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación. No se le instruyó en que el cálculo, liquidación y reconocimiento de la pensión, podrían estar sujetos a cambios legales y jurisprudenciales.

A su turno, Porvenir S.A. y Colfondos S.A, dentro del término legal, no contestaron la demanda.

5.3. Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan brindado al 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 el demandante haya suscrito formularios de traslado de AFP, en los que se hacen 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.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS

no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que el promotor de la acción se encuentra a menos de 10 años para pensionarse. 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.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que deben reintegrar las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido señalado por la Sala de Casación Laboral del a 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 se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

6. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros. Así como también los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima. A Porvenir S.A., también le compete trasladar los gastos de administración por el período respectivo.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1. 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.

6.2. 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 Colfondos S.A. y Porvenir 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 decisión de la *A quo* de ordenar a las AFP privadas la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a las mismas, 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**”. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

Finalmente, no opera la compensación requerida por el apoderado judicial de Porvenir S.A. respecto de los rendimientos financieros y gastos de administración. Ello, por cuanto la compensación se realiza entre obligaciones recíprocas. En este caso, el traslado de dichos conceptos, además de ser disimiles, se constituye en una obligación solamente de las entidades del RAIS, no de Colpensiones, ni del demandante.

7. 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, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. 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.

8. 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 Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., en favor del actor.

I. 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.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vieja
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



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



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