



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-003-2019-00664-01
Juzgado de origen:	Tercero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carlos Humberto Romero Quintero
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	264

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 las apoderadas judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia No 105 emitida el 01 de mayo 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 parte demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se declare que siempre estuvo afiliado al RPM. Que se ordene a Porvenir S.A. y a Colpensiones a pagar todo derecho prestacional que se llegare a probar. Finalmente requiere el pago de las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (Archivo 01 – Folios 02 a 10 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 63 a 68 (Archivo 03 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la actora se trasladó de régimen de manera libre. 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. Intervención del Ministerio Público

Señaló, mediante escrito visible a folios 74 a 76 (Archivo 03 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.

2.3. Porvenir S.A.

2.3. A través de memorial visible a folios 02 a 23 (Archivo 13 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, sin presiones o engaños. Que el demandante fue ilustrado e informado sobre los beneficios y limitaciones del RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*” y la “*BUENA FE*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No 105 emitida el 01 de mayo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante con Porvenir S.A. **Segundo**, ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración

pertenecientes a la cuenta del actor. **Tercero**, ordenó a Colpensiones que acepte el traslado del demandante junto con el dinero que tenga en su cuenta y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, condenar en costas a la AFP Porvenir S.A. y absolvió a Colpensiones, **Quinto**, consultar ante el Superior. (Archivo 20 PDF – Fls. 01 a 06).

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 demostrar que entregaron la información clara, suficiente y certificada, con el fin que conocieran las consecuencias que se ocasionaría por la decisión. Que no existe prueba de ello al momento del traslado. Por tal motivo, declaró la ineficacia. Respecto la excepción de prescripción, indica que conforme a la jurisprudencia, no prescribe derechos prestacionales tendientes a lograr el derecho pensional.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta que no existe vicio en el traslado, pues el actor se afilió de manera libre y voluntaria. Por tanto, se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Que cuándo faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, no puede ordenarse el traslado, por no ser permitido.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

4.2.1. Argumenta que al actor se le indicó los elementos necesarios y suficientes para que conociera las implicaciones del traslado de régimen; prueba de ello es que suscribió el formulario de afiliación, cumpliendo así con el deber de información. Manifiesta que se debe tener en cuenta la normatividad que regía al momento de la afiliación del demandante.

4.2.2. Que en caso de que se confirme la sentencia, la consecuencia jurídica de la ineficacia es que la parte actora nunca se afilió a Porvenir S.A. Como consecuencia, no hay lugar a devolver los gastos de administración, pues fueron descontados conforme a la Ley. Además, implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Finalmente, pide que se declare probada la excepción de prescripción. Señala que el acto

que se reclama es la afiliación que se dio en el año de 1997, y no se está discutiendo un derecho pensional. Asimismo, indica que no hay lugar a la condena en costas pues ha obrado de buena fe.

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:

Dentro del término legal, reitera que el demandante se afilió al RAIS en el ejercicio legítimo que tenía de la libre escogencia. Señaló 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. Aduce que no se demostró que la parte actora fue engañada al momento de afiliarse, pues permaneció por más de 22 años sin manifestar inconformidad alguna.

5.1.2. Porvenir S.A.:

Reiteró que, al momento de la afiliación del demandante, no existía disposición alguna respecto de la información que debían otorgar las AFP a los futuros afiliados. Que proporcionó al demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al RAIS. Señala que no hay lugar a devolver los gastos de administración por cuanto dichos rubros ya se extinguieron por haber sido destinados al cumplimiento de su objetivo. Dice que la acción se encuentra prescrita.

5.1.3. Parte demandante:

Dentro del término legal, guardó silencio para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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".

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2 ¿Fue acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene el traslado de los dineros en la cuenta individual del demandante, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos; incluidos 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 Porvenir S.A.?

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 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 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. En el *sub lite*, de la información suministrada por Colpensiones², Porvenir S.A.³, el certificado laboral para bono pensional⁴, de la certificación de Asofondos⁵ y del formulario del traslado al RAIS⁶; se desprende que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 02 de mayo de 1986 al 28 de febrero de 1997.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 21 de febrero de 1997, el accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva desde **1° de abril de 1997**, entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el promotor de la acción no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar adquirir el derecho a la pensión. No se explicó cuál

² Flios 14 a 16 Archivo 01 PDF, Archivos 07 y 08 PDF

³ Fls. 20 a 25 Archivo 01 PDF, 89 a 124 Archivo 10 PDF, 28 a 38 Archivo 13 PDF

⁴ Fls 39 a 41 Archivo 13 PDF

⁵ Fls 24 a 25 Archivo 13 PDF

⁶ Fl 27 Archivo 01 PDF, 125 Archivo 10 PDF y 42 Archivo 13 PDF

podría ser el monto de la pensión, ni se le realizó una proyección; como tampoco las diferencias entre ambos regímenes.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que la afiliación del actor se hizo de manera libre y sin presiones o engaños. Que fue ilustrado e informado sobre las bondades, beneficios y limitaciones del RAIS. (folios 02 a 23 Archivo 13PDF).

2.3.3 Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya 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 se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el 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 afiliado el accionante.

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 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 al actor la

suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos de cotizaciones y rendimientos financieros, incluidos los bonos pensionales, los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo de afiliación en la AFP demandada.

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).

En reciente sentencia SL2601 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86744, la mentada Corporación, recordó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como **cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, **las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.**”*. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

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 de la apoderada 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 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. Por ende, habrá de confirmarse la providencia recurrida.

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 parte actora, teniendo en cuenta la no prosperidad de los recursos 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 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
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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