



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018-2019-00768-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nelson Toro Perea
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	302

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 de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 83 emitida el 26 de marzo 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 Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de Ahorro Individual del actor, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración de la cuenta de ahorro individual, además, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Archivo 01 – Pág. 4 a 23 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles en el Archivo 01 - páginas del 143 a 152 y Archivo 06 - páginas 35 a 59; respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 83 del 26 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por el actor al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A., para que una vez ejecutoriada la sentencia, traslade los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como de forma enunciativa, cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, aportes voluntarios, saldos de cuentas no vinculadas, gastos de administración indexados, porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima de manera indexada y porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, de forma indexada. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones a aceptar al actor en el RPM y cargar en la historia laboral los dineros retornados por parte de Porvenir S.A, dentro de los 2 meses siguientes. **Quinto**, condenar en costas a las entidades demandadas. **Sexto**, ordenar la consulta en favor de Colpensiones.

Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia. Respecto de la excepción de prescripción, indicó que

4. Recurso de apelación

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

4.1. Colpensiones

Señaló que la entidad no participó en el acto de traslado del demandante. Agregó que el actor no demostró vicios en el consentimiento al momento de la afiliación al RAIS. En consecuencia, solicitó se absuelva a la entidad de la condena en costas y agencias en derecho.

4.2. Porvenir S.A.

Indicó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado del demandante, toda vez que la AFP cumplió con el deber de información, pues brindó toda la información necesaria y clara al momento del traslado, tal como se exigía para la época del cambio de régimen efectuado. Indicó que el actor no es la parte débil dentro del proceso, pues ambas partes debían cumplir con una serie de deberes y obligaciones, como el deber de informarse y actuar de forma oportuna respecto de lo que deseaba en su derecho pensional, no obstante, esperó más de 20 años para solicitar el traslado, encontrándose próximo a la edad para pensionarse.

Señaló que una inconformidad aritmética no es razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado de una afiliación que cumplió con los requerimientos de la norma. Manifestó que, no consecuentemente lógico ni es procedente la orden de devolver sumas como el porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, porcentaje en cuentas de no vinculados, primas de seguro y

reaseguro y los gastos de administración, pues fueron dineros que se descontaron con arreglo a la ley y fueron destinadas a su propósito, generando unos rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual. Tampoco se debe condenar a la indexación de dichos valores, puesto que, al ordenar la devolución de rendimientos, se genera un doble cobro.

Finalmente, expresó que debe prosperar la excepción de prescripción, ya que no se discute el derecho pensional del demandante.

5. 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. Colpensiones, Porvenir S.A. y Demandante

Dentro del término legal, Colpensiones se pronunció mediante escrito visible en el archivo 05 – página 9 del Cuaderno Tribunal. Asimismo, la demandada Porvenir S.A. remitió alegatos que se encuentran en el archivo 06 – páginas del 3 al 9 del Cuaderno Tribunal. Finalmente, la parte demandante, allegó alegatos de conclusión anexos en el archivo 07 – páginas del 3 a 5 del Cuaderno Tribunal.

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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? ¿Se configuraron actos de relacionamientos por parte del actor?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de

retornar las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, aportes voluntarios, saldos de cuentas no vinculadas, asimismo, gastos de administración, porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y porcentaje con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, debidamente indexados?

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 la AFP Porvenir 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 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.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², el formulario de traslado de régimen pensional³ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁴, se desprende que, el accionante 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 13 de junio de 1996 al 30 de abril del año 1998.

¹ Archivo 03 – Expediente Administrativo – Páginas 1 a 2.

² Archivo 06 – PDF – Páginas 76 a 134.

³ Archivo 06 – PDF – Páginas 63 a 65.

⁴ Archivo 06 – PDF – Página 61.

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 23 de julio del año 1998, el accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., la cual, se hizo efectiva a partir del **1° de septiembre** del mismo año, entidad en la que continuó cotizando.

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 son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación del actor se mantuvo por más de 20 años en el RAIS, como tampoco que se encuentra cerca de cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró al señor Nelson Toro Perea 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 tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, aportes voluntarios, saldos de cuentas no

vinculadas; asimismo, los gastos de administración, porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y porcentaje con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, debidamente indexados.

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. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse como todas aquellas otras sumas existentes en la cuenta de la afiliada por cualquier concepto, las cuales deben retornarse. De igual forma ocurre con el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, que de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, deben ser trasladados dichos recursos del RAIS al RPMPD e incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. (SLL2329-2021)

En consecuencia, se deberá confirmar la sentencia apelada y consultada, en este 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 en su totalidad.

5. 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 Porvenir S.A., en favor del actor, teniendo en cuenta la no prosperidad de los recursos de apelación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades 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
uso judicial

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)