



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2019-00375-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Ofelia Galarraga Patiño
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	344

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 de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 188 emitida el 19 de julio 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 ineficacia o nulidad de la afiliación del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. Que como consecuencia, se ordene a la

AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes de la actora, tales como aportes a pensión, bonos pensionales a que hubiere lugar, rendimientos financieros y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía Mínima del Régimen de Ahorro Individual de Solidaridad. Solicitó además, el pago de las costas y agencias en derecho y que se falle lo ultra y extra petita. (Archivo 01 – Fls. 32 a 37 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A. y Colpensiones

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles en el archivo 01 - páginas del 106 a 122 y archivo 05 – páginas del 4 a 12, 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. 188 emitida el 19 de julio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. **Segundo**, en consecuencia, resolvió ordenar a Porvenir a devolver al RPM administrado por Colpensiones, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retornar las mermas por el pago de los gastos de administración. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado de la actora la RPM junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. **Cuarto**, condenar en costas a Porvenir S.A.

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 de la señora María Ofelia Galarraga Patiño. Dicha AFP incumplió con la carga

probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

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 demandante cumplió la edad para acceder a la prestación de vejez, por tanto, se prohíbe el traslado de las personas que les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad pensional. Indicó que la decisión de retornar a la actora al RPM pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera y contribuye a que se desfinancie el sistema, poniendo en riesgo la garantía pensional de los demás afiliados.

Advirtió que se debe aplicar lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece en casos como el presente no se evidencia vicios en el consentimiento o asalto en la buena fe. Por lo tanto, se entiende que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS por voluntad propia.

4.2. Porvenir S.A.

Indicó, en resumen, que la AFP si cumplió con el deber de información según lo exigido por la norma vigente a la época, por tanto, las obligaciones que se requieren en la actualidad surgen posteriormente a la fecha de la afiliación. Señaló que el formulario de afiliación resulta ser el único medio probatorio escrito sobre la asesoría brindada a la actora, por ende, es suficiente para demostrar que la demandante se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria.

Igualmente, manifestó que según la jurisprudencia de la Corte Suprema se deben tener en cuenta las condiciones particulares de cada caso. Expresó que el deber de información es de doble vía por tanto, la afiliada no puede eximirse de la responsabilidad de investigar ante Porvenir el régimen que más le convenía. En consecuencia, no es dable declarar la ineficacia del acto jurídico.

Sobre la devolución de los rendimientos, los gastos de administración y los bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, señaló que de declararse la ineficacia de la afiliación se debe entender que nunca se generaron dichos rendimientos, por ende, no hay lugar a ordenar su retorno. Asimismo, los gastos de administración fueron descuentos totalmente válidos y ceñidos a la normatividad vigente sobre la Seguridad Social, puesto que se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante. Finalmente, indicó que en la cuenta de la actora no existen montos por concepto de bonos pensionales ni sumas adicionales, lo que hace imposible el retorno de los mismos.

5. Alegatos de conclusión

Se corrió 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. Colpensiones, Porvenir S.A. y parte demandante

Mediante escritos visibles a folios de 4 a 6, archivo 05-PDF, folios de 3 a 10, archivo 06-PDF y folios de 3 a 5, archivo 07-PDF (Cuaderno Tribunal), respectivamente.

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, se incluya la orden de

retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones íntegras y los rendimientos, también los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración?

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

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva** y al segundo interrogante es **negativa**. 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. 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 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.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹ y Porvenir S.A.², el historial de vinculaciones de Asofondos³ y de la certificación del bono pensional⁴, se desprende que, la accionante 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 30 de noviembre de 1987 al 31 de diciembre del año 2000.
- b. Según el historial de vinculaciones, el 06 de octubre del año 2004, la accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., la cual, se hizo efectiva a partir del **1° de diciembre** del mismo año, entidad en la que continuó cotizando.

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas 34 a 36.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 7 a 17.

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 123 a 125

⁴ Archivo 01 – PDF – Páginas 5 a 6.

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). Aunque no se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, 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.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por muchos años en el RAIS, como tampoco que se encuentra en 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 a la demandante.

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 se suministró a la señora María Ofelia Galarraga Patiño la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos; incluidos, los bonos pensionales, las sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración; por tal razón, se confirmará la sentencia en este sentido.

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. Ahora, la apoderada judicial de Porvenir S.A. discrepa en su alzada de

la condena por concepto de **sumas adicionales de la aseguradora**, entendiéndose 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 a que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

3.2.4. Finalmente, frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular del tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros) Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

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.

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 en favor del actor, teniendo en cuenta la no prosperidad del recurso 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 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
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
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)