



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-009- 2021-00183-01
Juzgado de origen:	Noveno Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Beatriz Restrepo Marulanda
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	353

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. 219 emitida el 23 de junio 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 y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. Así mismo se declare que la afiliación como única afiliación valida la hecha al ISS hoy Colpensiones en enero de 1988, en consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta individual, incluidos los provenientes de Protección S.A., la vinculación de Colpensiones al presente asunto y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 02 PDF – Fls. 01 a 25).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Las entidades demandadas, mediante escritos visibles a folios 03 a 15 (Archivo 16), folios 02 a 21 (Archivo 18) y a folios 02 a 31 (Archivo 19), del expediente digital, 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 (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 219 emitida el 23 de junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado de régimen de primera media con prestación definida, gestionado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, inicialmente por la AFP Davivir S.A. hoy Protección y luego por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. **Tercero**, como consecuencia, la demandante debe ser admitida en el régimen de prima media sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición, una vez Porvenir S.A., realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros. **Cuarto**, ordenar a Porvenir S.A. que traslade a la Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la accionante, con sus respectivos rendimientos financieros. **Quinto**, ordenar a Colpensiones que cargue a la historia laboral de la

demandante, los aportes realizados por ésta, a Porvenir S.A., una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros. **Sexto**, absolver a Protección S.A. de las demás pretensiones de la demanda. **Séptimo**, condenar en costas a Colpensiones, Protección S.A. y a Porvenir S.A. en favor de la actora. **Octavo**, ordenar 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 proporcionar a sus interesados información completa y comprensible a la medida a la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa de enunciar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue. Que la falta de diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada. Señala que la actuación viciada de traslado de régimen, no se convalida con el traslado de administradoras dentro del RAIS. Sobre la prescripción adujo que por tratarse de un derecho inherente a la pensión el mismo 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. Señaló que es claro que la demandante realizó su traslado de forma libre, voluntaria y sin presiones, conforme al artículo 13 literales B y E de la Ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen mas conveniente a su caso, que la parte demandante debió probar un error o vicio en el consentimiento, no estando demostrado más allá de un dicho de la parte actora, por lo cual, no se adecuan los elementos requeridos para adecuar la ineficacia.

4.1.2. Señaló que cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones como recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas a la Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado a gastos de reaseguro y cuotas de administración.

4.1.3. Solicita revisar el marco jurídico y jurisprudencial de la sentencia objeto de apelación por vulnerar la sostenibilidad financiera de su representada, teniendo a cargo el reconocimiento de prestaciones sociales y no haber percibido los aportes de la demandante durante toda su vida laboral. Finalmente, alega la condena en costas en virtud de que actuaron dentro del marco legal según lo preceptuado en la ley 100 de 1993.

4.2. Apelación Porvenir

4.2.1. Expresó que no es viable ordenar la ineficacia de traslado de régimen pensional, atendiendo al hecho de que fue asesorada en la forma como se estaba previsto para la fecha en que realizó el traslado, que no faltaron a ningún deber de información, que la parte actora en el interrogatorio expresó que cotizaba con el SMLMV y es así como debe cumplir con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para acceder al derecho a la pensión.

4.2.2. Que se debe entender que la acción está cobijada por el fenómeno de la prescripción, igualmente se opone a lo dicho por la apoderada de Colpensiones en el sentido de que se modifique la sentencia en su favor dado que la contestación se dio en base a las pretensiones de la demanda y no frente a lo que ahora debe proferirse en condena.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. 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 2020, las partes se pronunciaron de la siguiente manera:

Colpensiones y Porvenir S.A.

Presentaron alegatos mediante escritos visibles a folios 2 a 3, archivo 05, PDF y folios 3 a 11, archivo 06 (cuaderno Tribunal), respectivamente. La parte demandante no se pronunció dentro del término legal.

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 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. ¿Se debe ordenar a Porvenir 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, los gastos de administración, primas de seguros provisionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora? Asimismo, ¿debe ordenarse a Protección S.A. el traslado de los últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

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

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

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 las AFP Porvenir

S.A. y Protección 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 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.

2.3. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite*, de la historia laboral de Porvenir S.A.¹ y Protección S.A.², de los formularios de traslado al RAIS³, de la certificación de Asofondos⁴ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁵, se desprende 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, de enero de 1988 al 31 de mayo de 1995.
- b. Según los formularios de vinculación o traslado, de las historias laborales de Porvenir S.A., Protección S.A. y de la certificación de Asofondos, el 05 de noviembre de 1995 la accionante se trasladó al RAIS a través de la AFP ING hoy Protección, posteriormente, el 27 de agosto de 2009, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir. La afiliación se hizo efectiva el **01 de octubre de 2009**, última entidad y en la cual continúa cotizando (Fl. 78 Archivo 19 PDF).

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, no recibió asesoría sobre las ventajas o desventajas por parte de ING S. A., ahora Protección S. A., para la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS realizada en mayo de 1.995, como tampoco lo ha hecho Porvenir S. A., sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez (Fls. 1 a 25 Archivo 02 PDF).

¹ Fls. 91 a 98 Archivo 19 PDF

² Fls. 24 a 41 Archivo 18 PDF

³ Fl. 22 Archivo 18 PDF

⁴ Fls. 42 a 43 Archivo 18 PDF y Fl. 78 Archivo 19 PDF

⁵ Fl. 112 a 115 Archivo 19

Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan 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 certificado de traslado de régimen pensional y los formularios de traslado de AFP en el RAIS suscritos por la demandante, 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 y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

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.

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. y Protección 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 actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar no solo las cotizaciones efectuadas por la actora, sino además, los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros provisionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora. A Protección S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad. Por lo tanto, se deberá adicionar 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 otros.

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 Protección S.A. y a 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).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, 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.*

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formaran parte de la cuenta individual del afiliado. 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. Lo anterior, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia.

5. Respecto al quinto 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 numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y en favor de la actora. Teniendo en cuenta que se concedió de manera parcial el recurso interpuesto por Colpensiones, no se condenará en costas.

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: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR a Porvenir S.A.** a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por la A quo, las cotizaciones, los rendimientos financieros, lo recaudado por comisiones y gastos de administración durante todo el tiempo que permaneció allí afiliada la demandante, así como los valores de las primas de

los seguros previsionales, el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora. **Protección S.A.** deberá igualmente trasladar estos conceptos por el tiempo que permaneció afiliada en ese fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia 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 HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
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)