República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

Radicado No 76001310501120210047801

Cali, dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023).

La Sala resuelve el recurso de apelación que **PORVENIR S.A** instauró contra el fallo que el Juez Once Laboral del Circuito de Cali profirió el 13 de diciembre de 2022, en el trámite del proceso ordinario laboral que **FERNANDO ENRIQUE JIMÉNEZ TORRES** promovió contra la recurrente y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda ordinaria laboral contra las accionadas antes referidas, para que, previos los trámites propios de dicho juicio, se declare la «*ineficacia*» del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, administrado por Porvenir S.A., en marzo de 1998.

En consecuencia, requirió se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a

Colpensiones y a esta última a aceptar el traslado; además, requirió se condene al pago de las costas y agencias en derecho y lo probado *ultra y extra petita.*

Para respaldar sus pretensiones, afirmó que nació el 10 de agosto de 1965 y que realizó sus aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales -ISS- desde el 21 de noviembre de 1989 hasta el **6 de marzo de 1998,** última fecha en que se trasladó a Porvenir S.A.

Manifestó que, cotizó al régimen de prima media con prestación definida *«8,5 semanas»* (sic) y al régimen de ahorro individual 925,1 semanas y que Porvenir S.A. no le informó sobre la posibilidad de retornar.

Adujo que solicitó ante Porvenir S.A. la proyección de la mesada pensional el 7 de octubre de 2021, que esa entidad, respondió informando que la mesada pensional que obtendría en el RAIS al cumplir 62 años sería de $1.007.599, con una tasa de reemplazo de 25,12%, mientras que, de haber continuado en el RPM obtendría una mesada pensional de $2.742.083, con una tasa de reemplazo de 64,67%.

En consecuencia, manifestó que diligenció el formulario de afiliación ante Colpensiones el 7 de octubre de 2021 y solicitó la nulidad del traslado, peticiones que fueron negadas en la misma fecha (03Demanda.pdf, archivo 03).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en contra de su entidad. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento del promotor, su edad, la

afiliación al ISS, las peticiones incoadas y las respuestas emitidas a las mismas. Por su parte, aclaró que el demandante cotizó a su entidad 179,71 semanas. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no eran hechos.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó *«inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, la innominada y buena fe»* (08ContestaciónColpensiones.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 3 a 16).

Porvenir S.A. se resistió a las pretensiones del escrito inicial. En cuanto a los hechos, manifestó que al momento del traslado de régimen brindó al demandante información clara, precisa, veraz y suficiente de los regímenes pensionales para que tomara una decisión libre, espontánea e informada, igualmente, sostuvo que, le envió al correo electrónico un comunicado informándole sobre la posibilidad de retornar al RPM. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

Formuló las excepciones de *«prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica»* (12ContestaciónDdaPorvenir.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 2 a 24).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Once Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 13 de diciembre de 2022, en la que decidió (22ActaAudiencia.pdf, Cuaderno Juzgado, fl. 1 a 16):

> PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor FERNANDO ENRIQUE JIMÉNEZ TORRES, del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPM administrado por COLPENSIONES.
SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso; igualmente devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.
TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A. para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.
CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V., a cargo de cada una de las mencionadas.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar si la AFP Porvenir S.A al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplió con el deber de información, y en caso afirmativo, establecer las implicaciones económicas de dicha declaración.

En esa dirección, señaló que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prevé que la selección de los regímenes pensionales es libre y voluntaria y que la manifestación de esta

decisión debe constar por escrito; a su vez, hizo referencia al artículo 270 de la misma normatividad, sobre las sanciones impuestas ante el incumplimiento de este deber.

Expuso que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, desde la implementación del sistema integral de seguridad social las administradoras de fondos de pensiones privadas tienen el deber de ilustrar de forma clara, precisa y oportuna las características de cada régimen pensional; que la sola firma del formulario de afiliación no es razón suficiente para entenderlo como acreditado y que el incumplimiento de esta obligación tiene como consecuencia la ineficacia del acto jurídico.

En el caso bajo examen, señaló que Porvenir S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información y declaró que las consecuencias de dicho incumplimiento era trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación.

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por la demandada, sostuvo que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de «*nulidad*» de traslado, por cuanto los hechos o estados jurídicos no prescriben.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, Porvenir S.A. la apela parcialmente en los siguientes términos:

Manifestó que no era procedente devolver los gastos de administración y lo destinado al pago de seguros previsionales debido a que este descuento es autorizado por la ley y ya se encuentran causados. Indicó que únicamente es factible la devolución de cotizaciones y rendimientos.

También se opuso a devolver *«los demás valores impuestos a cargo de mi representada»* teniendo en cuenta que Porvenir S.A. obró de buena fe administrando los recursos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto del 18 de mayo de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

En el término respectivo, Porvenir S.A., Colpensiones presentaron escritos de alegatos.

Porvenir S.A., reiteró que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuanto existe cambio de régimen, a saber, el saldo de la cuenta individual y rendimientos de los mimos, por lo que legalmente no se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas por la norma

Colpensiones expuso que el formulario de afiliación es un documento idóneo para acreditar la libertad de elección de régimen pensional, además señaló que el demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen, por

ende, no puede ordenarse a Colpensiones aceptar el traslado.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue materia de alzada.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que (i) el demandante nació el 10 de agosto de 1965, (ii) se vinculó al ISS y realizó aportes pensionales desde el 21 de noviembre 1989 hasta el 1° de mayo de 1998 (iii) última fecha en que se hizo efectivo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por la AFP Porvenir S.A. (12ContestaciónDdaPorvenir.pdf, Cuaderno Juzgado, pdf. 87).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: (i) si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad debe declararse ineficaz por falta al deber de información y (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes aspectos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento del deber de

información, (iv) los efectos de la ineficacia del traslado y, finalmente, (v) el caso concreto.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos de pensiones del sector privado, se les estableció la obligación de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, considerando que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b)

del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasman en los formularios de afiliación, no es suficiente para acreditar tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA DE LA PRUEBA

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede

desvirtuar el fondo de pensiones, mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, pues se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

CONSENTIMIENTO INFORMADO E INSUFICIENCIA DEL FORMULARIO PARA ACREDITARLO

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *«de forma libre, espontánea y sin presiones»,* u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

> Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar

no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.

Por tanto, se extrae del precedente citado que, más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, la administradora de fondos de pensiones debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido como aquella manifestación voluntaria del usuario de vincularse a un determinado régimen,

con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

> De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia comprenden la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2929-2022 indicó lo siguiente:

> Sin embargo, en la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, el demandante se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A., el **1° de mayo de 1998**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

Por tanto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado. En consecuencia, no es cierto que por vía judicial se le haya impuesto a dicha administradora una obligación no prevista en el

ordenamiento jurídico, dado que dicho mandato está establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien el demandante firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado *«voluntad de afiliación»*, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre de vicios, toda vez de conformidad con la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no necesariamente informado.

De este modo, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; esto es, debe entenderse que no existió el cambió al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

En ese contexto, la consecuencia económica de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, primas de seguros previsionales, saldo de cuentas de rezago si las hubiere, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021, en la que expresó:

(…) en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se estableció que:

(…) 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.

Se sigue de lo anterior, que el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el fallo de primera instancia

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos ($1.160.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CarolinaMontoyaL

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO
Magistrada

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado