



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

Magistrado Ponente:  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Veintisiete (27) de Abril dos mil veintidós (2022).

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-310-50-15-2021-00059-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Quince Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Santiago Cabal Vélez
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Decisión:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>088</b>

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No 188 emitida el 31 de agosto de 2021 (15"40 seg). Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Procura el demandante se declare la ineficacia del traslado q del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia,

que se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante junto con sus respectivos rendimientos, y demás acreencias a Colpensiones. Finalmente, requiere que se condene en costas al Fondo Privado Porvenir S.A. y a Colpensiones. (Folios 01 a 19 – Archivo 02PoderDemanda.pdf)

## 2. Contestaciones de la demanda.

### 2.1. Porvenir S.A. y Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 04 a 13 – Archivo 07 ContestaciónDemandaColpensiones.pdf y Porvenir S.A. - Archivo 10 ContestaciónDemandaPorvenirS.A.pdf, 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. (15Minuto40 seg)

3.1. El *a quo* dictó sentencia No 188 emitida el 31 de agosto de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. de fecha 26 de julio de 2005. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones, los dineros que se hayan en la cuenta de ahorro del demandante, junto con los rendimientos y bonos pensionales, si los hubiere con destino a Colpensiones, también ordena la devolución de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, con destino a Colpensiones, **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que vincule válidamente al demandante al RPM. **Quinto**, condenar en costas procesales a los demandados.

3.2. Para arribar a tal decisión, el juez de primera instancia argumentó que, conforme a la basta jurisprudencia de la CSJ y la Corte Constitucional, sobre el deber de información y las ineficacias del traslado, se ha establecido que es obligación del fondo demostrar que suministró la información necesaria y suficiente al afiliado, antes de trasladarse del RPM al RAIS. Con relación al formulario de afiliación, se determinó que no es suficiente para probar el cumplimiento del deber de información. En ese orden de ideas, concluyó que Porvenir S.A. no arrimó pruebas para demostrar que asesoró al demandante en los términos legales indicados; por ende, declaró la ineficacia del traslado con resultados económicos que ello implica.

#### **4. La apelación.**

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Colpensiones no formuló recurso de apelación (Minuto 17:02 seg). Por su parte la apoderada judicial de Porvenir S.A. formuló recurso de apelación.

##### **4.1. Apelación Porvenir S.A.**

4.1.1. Para apoyar su desacuerdo, indicó la apoderada judicial de Porvenir que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, ya que la normatividad vigente para el momento de la vinculación del demandante era la correspondiente al año 2005, razón por la cual, la afiliación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, pues es tan solo a partir del 01 de julio del año 2010, posterior a la fecha de vinculación del demandante que se ha considerado como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes y el monto de la pensión.

4.1.2. Advierte además que, la decisión del señor Santiago Cabal Vélez, se considera de forma consiente y espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, en razón a que en primer lugar éste recibió la información de manera verbal, en segundo lugar, suscribió formulario que cumplía con los requisitos señalados por la Superintendencia, así como con lo establecido en el artículo 12 del decreto 692 de 1994. En tercer lugar, con su firma y diligenciamiento del formato, se considera como una manifestación inequívoca de la realidad del momento, de igual forma las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia se encuentran prescritas en atención a todo lo esgrimido en los artículos 1750 del Código Civil, 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Posición que también ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así como en sentencia número 22125 del año 2014.

4.1.3. Frente a la condena impuesta por el despacho de trasladar todos los valores que existieran en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo todo lo correspondiente a los gastos de administración, señaló, sin que signifique manifestación en contra de los intereses de Porvenir, que dicha condena no es procedente en atención a lo señalado en el artículo 1746 del Código Civil, el cual afirma que las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia o nulidad en sentencias judiciales, no da lugar a devolver los deterioros que se causaren producto de dicho acto

jurídico. En consecuencia, insistió, que de declararse la ineficacia o la nulidad aplicando el mencionado artículo, no hay lugar entonces a que se ordene a representado a devolver lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo lo correspondiente a gastos y costos de administración, porque estos gastos son los que deben entender como en las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

4.1.4 Adicionalmente, con relación a la condena de devolver rendimientos, precisó que la consecuencia de la ineficacia, es entender que el vínculo nunca existió, es decir que el demandante nunca estuvo afiliado, por lo tanto significaría decir que sus aportes nunca fueron a una cuenta individual que fuera administrada por Porvenir, y frente a la cual se generaron unos rendimientos, luego entonces sí nunca existió dicha afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años en que el demandante estuvo afiliado.

4.1.5. Finalmente respecto a la condena impuesta por el despacho respecto a la devolución del bono pensional a Colpensiones, indicó, que si existiere dicho bono, este debe ser trasladado a quien lo expidió, esto es al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones, bajo estos términos solicitó se revoque la sentencia proferida por el juez de instancia, declarando probadas las excepciones planteadas, absolviendo finalmente a la recurrente por pasiva de las pretensiones de la demanda.

## **5. Trámite de segunda instancia**

### **5.1. 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<sup>1</sup>, se pronunciaron de la siguiente manera:

#### **5.1.1. Parte demandante, Colpensiones y Porvenir S.A.:**

Colpensiones mediante escrito visible a folio 04 Archivo 05 PDF y Porvenir S.A. a folios 03 a 06 Archivo 05 PDF, respectivamente, (cuaderno Tribunal) presentaron alegatos de conclusión. El actor guardó silencio.

---

<sup>1</sup> "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".

### 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. ¿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 y rendimientos financieros, los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, y los gastos de administración?

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 del *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 probatoria, 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 Porvenir 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. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones<sup>2</sup> y Porvenir S.A.<sup>3</sup>, 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 01 de enero de 1984 a 30 de noviembre de 2005, donde cotizó 1.060 semanas.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, en el año 2005, la parte actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., siendo efectivo a partir del 01 de septiembre de 2005 (Pág. 4 Archivo 03Anexos.pdf), administradora en la que continúa cotizando.



GRP-SCH-HL-665544  
43332211\_1976-2021C

<sup>2</sup> Flios 1 a 9 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_1976-20210504111449PDF

<sup>3</sup> Flios 02 a 13 Archivo 03Anexos.Pdf

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no le fue explicado las ventajas, desventajas que podría darse al efectuarse el traslado de régimen. Asimismo un plan de pensiones, un comparativo de mesada pensional, no se le indico que podría ser más beneficioso continuar en el ISS hoy Colpensiones.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., señaló que la decisión del señor Santiago Cabal Vélez, se considera de forma consiente y espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, en razón a que en primer lugar éste recibió la información de manera verbal, en segundo lugar, suscribió formulario que cumplía con los requisitos señalados por la Superintendencia, así como con lo establecido en el artículo 12 del decreto 692 de 1994.

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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). Lo cierto es que, la sola suscripción de la accionante al RAIS no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de los aportes que ha efectuado en ambos regímenes, por tanto, no son prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable el argumento de Porvenir S.A.

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 demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

### 3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros, bonos pensionales, y los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio. Por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, objeto de apelación.

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 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).

La decisión del *a quo* de ordenar al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que el demandante estuvo vinculado a la misma, se ajusta a derecho. 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.*

#### **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, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

#### **5. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y en favor de la actora.

### **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 del recurrente 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



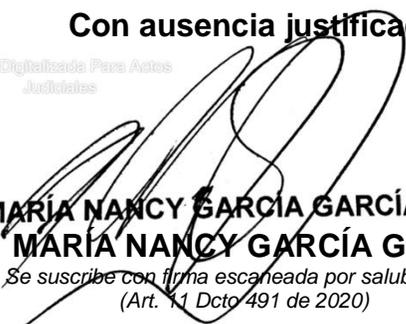
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Vale

**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

**Con ausencia justificada.**

Firma Digitalizada Para Actos  
Judiciales



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