



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

Magistrado Ponente:  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76001-31-05-018-2019-00360-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Diecinueve Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Luz Edith Florián Sánchez
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Protección SA - Porvenir SA
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona y confirma sentencia</b> – Ineficacia del traslado-
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>168</b>

**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 los demandados Protección SA y Porvenir SA, contra la sentencia No. 152 emitida el 22 de julio de 2020. 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 en su favor de manera principal: **i)** la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó Luz Edith Florián Sánchez al régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y, en consecuencia, la misma quede sin efecto, por existir vicio

en el consentimiento y afectar los mínimos de derechos y garantías de la demandante. **ii)** Válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de Luz Edith Florián Sánchez al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones. **iii)** Que nunca obtuvo reasesoría justo antes de cumplir los 47 años de edad, en aras de que ella optara por el traslado de régimen y regresara al ISS, hoy Colpensiones, perdiendo con ello la posibilidad de traslado nuevamente al régimen de prima media, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios de cada uno de los regímenes. **iv)** le asiste el derecho a regresar al régimen de prima media, por el hecho de que la demandante no le brindó asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual. **v)** que Colpensiones es quien debe reconocer la pensión de vejez a la Luz Edith Florián Sánchez, bajo las normas vigentes al momento de consolidación del derecho.

Plantea además como pretensiones **principales** de condena: **i)** se condene a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que la accionante efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. **ii)** se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación de Luz Edith Florián Sánchez, régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que sean trasladados por Porvenir S.A. **iii)** al pago de las costas procesales. **iv)** a aplicar los principios extra y ultra petita a lo que resulte probado en el proceso.

Evoca como pretensiones **subsidiarias declarativas y de condena que:** **i)** se declare que Luz Edith Florián Sánchez, nunca obtuvo reasesoría justo antes de cumplir 47 años de edad por parte de Porvenir SA. En aras de que ella, optara por el traslado de régimen y afiliarse al ISS hoy Colpensiones. Perdiendo con ello la posibilidad de afiliarse al régimen de prima media, previo análisis y ponderación de los potenciales riesgos y beneficios de cada uno de los regímenes. **ii)** Que Porvenir SA, debe reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que esta hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media. **iii)** se condene que a Porvenir S.A. a reconocer a título de indemnización de perjuicios, como mesada pensional, el valor equivalente a lo que este hubiese recibido si estuviera en el régimen de prima media. **iv)** se condene a Porvenir S.A. a pagar a favor de la demandante los intereses de mora de las mesadas pensionales adeudadas al momento del pago. **v)** subsidiaria a la anterior petición pide la indexación de las condenas. **vi)** a las costas procesales (gastos procesales y agencias en derecho). (Fls. 5 a 15 – 01Expediente201900360.PDF).

## **2. Contestaciones de la demanda.**

## 2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 70 a 80 Archivo 01Expediente201900360.PDF En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

## 2.2. Protección SA

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 108 a 136 Archivo 01Expediente201900360.PDF En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

## 2.3. Porvenir SA

La entidad demandada, dio contestación a través de curador ad-litem mediante escrito visible a folios 159 a 160 Archivo 01Expediente201900360.PDF 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. 152 del 22 de julio de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero:** declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Protección S.A, Porvenir S.A y Colpensiones. **Segundo:** declarar la ineficacia del traslado que la señora Luz Edith Florián Sánchez que suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A, y por consiguiente, las otras vinculaciones posteriores efectuadas a Porvenir S.A. **Tercero:** condenar a Porvenir S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz Edith Florián Sánchez. Tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio. **Cuarto:** condenar a Protección S.A, para que traslade a Colpensiones, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, suma que deberá trasladar debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio. **Quinto:** ordenar a Colpensiones, acepte el traslado de la señora Luz Edith Florián Sánchez

sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado deberá actualizar la historia laboral de la señora Luz Edith Florián Sánchez dentro de los 2 meses siguientes. **Sexto:** Condenar en costas a Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A como parte vencida en juicio y en favor de la señora Luz Edith Florián Sánchez. **Séptimo:** Ordenó se surtiera el grado Jurisdiccional de Consulta ante el Superior.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar.

Agrega, no bastaba con manifestarse que en el formulario de afiliación se verifica que el consentimiento fue informado por existir allí una leyenda pre impresa al respecto y la respectiva rúbrica del afiliado. Dijo era perentorio que en virtud de la carga dinámica de la prueba la administradora de fondos de pensiones como sujeto dominante de la relación dual pruebe en juicio que efectivamente cumplió con suministrar información veraz, coherente, indicada y suficiente.

Resaltó que para el caso en concreto se hallaba probado que la demandante realizó aportes al régimen de prima media con prestación definida con el antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 30 de abril de 1991. Que se trasladó a Protección SA el 15 de julio de 1998 con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 1998. Posteriormente se vinculó a Porvenir SA el 25 de octubre del 2002, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de 2002. Además, solicitó a Colpensiones y a Porvenir SA la nulidad del traslado.

Evocó como únicas pruebas que reposan en el expediente, la historia de vinculación emitido por Asofondos, los formularios de afiliación a la administradora de fondos de pensiones en los que se observa una leyenda preimpresa respecto a la voluntad de la selección de afiliación a esa Administradora con la respectiva rubrica de la demandante. Alude que brilló por su ausencia el cumplimiento del deber de información en el sentido amplio que debían efectuar los fondos privados a la actora. Por tanto, consideró que la falencia probatoria de las entidades llamadas a juicio le permitía inferir que no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones al sector privado.

De esta forma, concluyó que, debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

#### **4. Las apelaciones.**

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de la parte demandada, Protección SA y Porvenir SA, formularon recursos de apelación.

##### **4.1. Apelación de la parte demandada – Protección S.A.**

Pide se revoque el numeral cuarto de la sentencia proferida por el juzgado de instancia. A lo referente a las **cuotas de administración del 16%** del IBC que realizaba la demandante al sistema general de pensiones a Protección. Del cual alude ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros. Advierte que ese descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la 797 de 2003. Refiere que durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada al fondo de pensiones obligatorio administrado por Protección, la misma ha administrado los dineros con la mayor diligencia y cuidado. Como quiera que Protección es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados. Reflejo de ello, en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Centra su censura además, evocando el artículo 1746 del Código Civil, que alude respecto a las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras. Alude, debe entenderse que aunque se declare una ineficacia no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras. La afiliada obtuvo rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP. De donde resalta el fruto o mejora de la AFP es la **comisión de administración** la cual debe conservarse sí efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada. Agrega, si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido tales rendimientos.

##### **4.2. Apelación la parte demandada – Porvenir SA**

Pide se revoque parcialmente el numeral primero y en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas por Porvenir. Así mismo pretende se revoquen los

numerales segundo, tercero y sexto. Enuncia que las pretensiones de la demanda tenían que ser despachadas desfavorablemente, ante la carencia probatoria. Enuncia el artículo 1508 del Código Civil, para luego advertir que la parte actora no podía demostrar por ningún medio los supuestos vicios que adujo en su demanda como sustento de las pretensiones. Refiere que la misma demandante decidió voluntariamente efectuar su traslado hacia Porvenir. Que conformidad con el decreto 698 de 1994, aplicable para la época de afiliación de la demandante ante Porvenir no existía ninguna otra imposición más allá que la suscripción del formulario de afiliación. Además, no era obligatorio dejar el soporte de la asesoría.

Relata que la parte actora en 3 oportunidades legales no hizo uso del derecho a retracto a su afiliación al fondo de pensiones que administra Porvenir de conformidad con lo expuesto en el artículo 3° del decreto 1169 de 1994. Tampoco manifestó su deseo de regresar al régimen de prima media en los términos del artículo 1° del decreto 3800 del año 2003. Normativas vigentes para la época en que solicitó su traslado de régimen pensional. Donde narra no le imponían a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría necesaria en cuanto a la ilustración correspondiente a la favorabilidad, al monto de la pensión. Requisitos que dice surgieron a partir de la vigencia de la expedición de la ley 1748 del año 2014 y el decreto 2071 del año 2015.

Sujeta su censura en que debe darse aplicación a la **prescripción**. La acción afirma, versa no sobre un derecho pensional, sino que está encaminada a obtener la nulidad de la afiliación al sistema pensional de los regímenes pensionales. En aras de obtener un mayor valor de la mesada pensional. Por tanto, no es imprescindible.

Afirma, que de persistir la condena de la nulidad de la afiliación o la ineficacia de la afiliación, pide se revoque lo pertinente a los **gastos de administración y los demás accesorios**. Como soporte rememoró el decreto 3995 de 2008 y el concepto que emitió la Superintendencia financiera de Colombia con radicación 2019152169-003-000 del 15 de enero del año 2020.

Pretende además, se declarara probada la excepción de compensación teniendo en cuenta que sí prospera la nulidad de la afiliación o la ineficacia de la misma, todo vuelve a su estado original. Por tanto, pide que con los rendimientos que se hayan generado en favor de la parte actora, deben compensarse con los gastos de administración que se le están imponiendo a Porvenir. Finalmente, solicitó se revocara la condena en costas y agencias en derecho.

## 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, Protección S.A. y Porvenir S.A.:

Colpensiones en escrito obrante a folio 09 Archivo 04-PDF, Porvenir a folios 3 a 11 Archivo 05-PDF, Protección S.A. a folios 3 a 4 Archivo 06-PDF y la parte demandante a folios 03 a 04 Archivo 07-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, trasladen a Colpensiones los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio? ¿Y a Protección S.A. las cuotas de administración debidamente indexadas?

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 Porvenir S.A.?

---

<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".

## 2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Protección S.A. y 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.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa

indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

### 2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones<sup>2</sup>, Protección S.A.<sup>3</sup>, Porvenir S.A.<sup>4</sup>, los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional<sup>5</sup>, y del historial de vinculaciones de Asofondos<sup>6</sup>, se desprende que, la accionante Luz Edith Florián Sánchez, 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 abril de 1991 al 30 de septiembre de 1998<sup>7</sup>.
- b. Ejecutando el traslado de régimen a Protección el 15 de Julio de 1998, con fecha efectividad del 01 de septiembre de 1998, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 07 de julio de 1998<sup>8</sup>. Posteriormente efectuó traslado a Porvenir con fecha de efectividad 01 de diciembre de 2002<sup>9</sup>.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Vinculación inicial	1995-05-18	COLPENSIONES		1995-05-18	1998-08-31
Traslado regimen	1998-07-15	PROTECCION	COLPENSIONES	1998-09-01	2002-11-30
Traslado fondo	2002-10-25	PORVENIR	PROTECCION	2002-12-01	

2.3.2. En la demanda se argumenta que al momento del traslado no se le suministró información adicional a la actora consistente en la edad mínima y en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para alcanzar la pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a la pensión de vejez. Tampoco le informó a qué edad se redimía el bono pensional. Ni la diferencia entre la pensión que recibirán el RAIS y en el RPM. No se le brindó re asesoría, justo antes de cumplir los 47 años de edad.

Por su parte, las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. señalaron que la información proporcionada a la demandante fue veraz, real y oportuna al momento de suscribir el formulario de traslado. Además que ésta fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando ella decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.. Así su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada. (folios 108 a 136, 159 y 160 Archivo 01Expediente201900360.PDF.

<sup>2</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 81 a 83.

<sup>3</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 139 a 142

<sup>4</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 21 a 27

<sup>5</sup> Págs. 19 (Porvenir S.A.), 137 (Protección S.A.),

<sup>6</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 143.

<sup>7</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 81 a 83.

<sup>8</sup> Archivo 01Expediente201900595.PDF, Pág. 137

<sup>9</sup> Archivo 01Expediente201900360.PDF, Pág. 172

2.3.3. Para la Sala, Porvenir S.A. y Protección S.A. 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 allegaron los formularios de traslado suscritos por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones. Lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la 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.

Además, se resalta por la Sala que, contrario a lo señalado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio

de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que deben reintegrar las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. suministraron a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

### **3. Respuesta al segundo problema jurídico.**

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., y Porvenir S.A. deben trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro.

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 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).

La decisión de la *a quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a los 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 Porvenir 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. De igual forma, es procedente ordenar la devolución de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021, razón por la que se adicionará la sentencia en este sentido.

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse como todas aquellas otras sumas existentes en la cuenta del afiliado por cualquier concepto, las cuales deben retornarse. Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

#### **4. Respuesta al tercer problema jurídico.**

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

#### **5. Respuesta al cuarto problema jurídico.**

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Protección S.A. y Porvenir S.A. 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. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015). Por ende, se confirmará la imposición de tal condena por parte de la *a quo* a quienes integran el extremo demandado.

#### **6. 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 Protección 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: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **ORDENAR** a Porvenir SA y Protección SA, que reintegre igualmente a Colpensiones, y con su propio patrimonio, los valores por concepto de primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo que

estuvo afiliada la parte actora en cada uno de estos fondos. Sumas que deberán restituirse debidamente indexadas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante** la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia, a cargo de las apelantes Protección S.A. 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  
actos judiciales



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA**

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)