



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

**MAGISTRADO PONENTE: FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-012-2019-00647-00
<b>DEMANDANTE:</b>	LUISA LEONOR ARÉVALO TOVAR
<b>DEMANDADO:</b>	PORVENIR S.A. Y OTROS.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia No. 221 del 27 de octubre de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
<b>DECISIÓN:</b>	REVOCA PARCIALMENTE y ADICIONA
<b>SENTENCIA:</b>	<b>No. 161</b>
<b>FECHA:</b>	<b>29 de junio de 2021</b>

**I. ASUNTO**

La Sala procede a proferir sentencia escrita, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia de primera instancia No. 221 del 27 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LUISA LEONOR ARÉVALO TOVAR** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con radicado No. **76001-31-05-012-2019-00647-01.**

**II. ANTECEDENTES**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tiene los contenidos en la demanda visibles en el cuaderno de primera instancia (archivo

01 ED) de folios 83 a 104, en las contestaciones militantes de folios 119 a 123 por parte de **COLPENSIONES**, 143 a 167 por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, 175 a 179 por parte de **COLFONDOS S.A.** y 201 a 211 por parte de **PORVENIR S.A.**, los cuales en gracia de la brevedad y el principio de la economía procesal e incluso de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali – Valle, mediante Sentencia No. 221 del 27 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la demandante y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del RAIS; condenó a **PORVENIR S.A** a trasladar aportes, gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos debidamente indexados y; condenó en costas a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

Como fundamento de su decisión, manifestó la Jueza de instancia que como quiera que el precedente de la Corte Suprema es obligatorio y que el asunto es análogo a los analizados por la alta Corporación, da aplicación a dicho precedente en su integridad, apartándose del criterio personal que tiene sobre el tópico analizado.

Sostuvo que, en criterio de la CSJ, no es suficiente que se haya suscrito el formulario como manifestación inequívoca de voluntad, pues el documento no da cuenta de la información que se proporcionó al momento de la afiliación y por tanto no se puede establecer que el consentimiento se otorgó debidamente informado. Que, igualmente esa Corporación ha indicado que la ineficacia no solo procede para los beneficiarios del régimen de transición, pues los demás afiliados también se pueden ver afectados por un traslado equivoco de régimen pensional.

Agregó que los regímenes pensionales funcionan de forma distinta en lo que respecta a la pensión de vejez, por lo que si bien no se tenía obligación de realizar una proyección pensional al momento del traslado de la demandante al RAIS a través de **PROTECCIÓN S.A.**, si se le debieron poner de presente los factores que

inciden en el cálculo de esa prestación, como son la edad, el sexo, el capital, el número de beneficiarios, entre otros, y no simplemente haberle ofertados unos beneficios pensionales.

Sostuvo que la carga de probar la información que se proporcionó al momento del traslado es de la AFP y que esa carga no fue asumida dentro del sumario, porque se debía dejar sin efectos el traslado que hizo la demandante al RAIS; que de acuerdo al criterio de la CSJ, al tratarse el tema de una afiliación al SGSSP, no era susceptible de prescripción, por tratarse de un derecho fundamental y, finalmente, que a pesar de que su criterio personal era que no se debían devolver los gastos de administración, porque que fue por esa labor de las AFP que se produjeron los rendimientos, en aplicación del precedente jurisprudencial, ordenaba el traslado de los mismos.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que dentro del proceso no se validaron elementos que sustenten la declaratoria de ineficacia al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que se refiere a situaciones dolosas que no se acreditaron respecto la afiliación de la demandante al RAIS y no se pudo declarar la ineficacia por vía de analogía a otros supuestos de hecho no previstos en la norma, por lo que al no estar configurados los supuestos del ese artículo, se debía entender el caso como una nulidad relativa, que es prescriptible y es saneable.

Sostiene que así se aceptara que la demandante incurrió en algún error para la toma de la decisión, dicho error es de derecho según la definición doctrinal; que el error que se alega por la supuesta falta de información se relaciona con la naturaleza del RAIS que le otorga unos derechos diferentes a los del RPM, pero por expreso mandado de ley, el error de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Afirma que es improcedente que se ordene a la AFP el traslado de los gastos de administración, toda vez que estos remuneran la gestión de la entidad, la cual dio lugar a que se incrementara el capital de la cuenta de ahorro individual. Además, que la Administradora del RPM no hizo ninguna administración mientras la demandante estuvo afiliada a la AFP, lo cual constituiría entonces en un

enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES, ya que no hay ningún precepto jurídico que ordene la devolución de esos gastos de administración, ya que no están destinados a solventar la prestación económica. Agrega que cualquier reclamación de ese rubro se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo.

## **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, se pronunciaron, así:

### **PARTE DEMANDANTE**

Indicó que la afiliación al RAIS no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues las AFPs no pusieron en conocimiento sobre los riesgos, las ventajas y desventajas que implicaban el traslado de régimen, que permitieran tomar una decisión informada que afectaría su derecho pensional, por lo tanto, solicita se declare la ineficacia del traslado.

### **PROTECCIÓN S.A.**

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia. Argumentó que no es viable condenar a la AFP a la devolución de los gastos de administración, puesto que son descuentos autorizados por la norma vigente, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. Adicionalmente, manifestó que suministró la información completa y suficiente a la actora al momento de efectuar el traslado de régimen, razón por la cual, no resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

### **PORVENIR S.A.**

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, para que en su lugar, se absuelva a la AFP de las condenas impuestas. Como fundamento, manifestó que la demandante no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante; que el fondo privado cumplió con el deber de información previsto en la norma para la época del cambio de régimen pensional, por ende, se debe entender que la misma goza de plena validez. Agregó que la orden de devolver los gastos de administración y sumas adicionales resulta

improcedente, puesto que en la norma está establecido únicamente que para los casos como el presente, existe la obligación de retornar el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos.

## **COLFONDOS S.A.**

Señaló que la AFP contó con un grupo de asesores idóneos que brindaron información suficiente a la demandante, sobre los beneficios y riesgos del cambio de régimen, razón por la cual, la afiliación de la actora al RAIS es válida y cumple con todos los requisitos legales.

La demandada Colpensiones no presentó alegatos de conclusión.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme al recurso interpuesto y al grado jurisdiccional de consulta al que tiene derecho **COLPENSIONES**, los problemas jurídicos a resolver se centran en determinar; primero, si procede o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora **LUISA LEONOR ARÉVALO TOVAR** desde el RPM al RAIS; segundo, si se encuentra ajustada a derecho la orden de devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que **PORVENIR S.A.** hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como aportes, rendimientos, frutos, intereses e incluso el porcentaje de gastos de administración; tercero, si **COLPENSIONES** tiene la obligación de recibir a la demandante en el RPM.

## **CONSIDERACIONES**

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que la señora **LUISA LEONOR ARÉVALO TOVAR** se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el otrora ISS, el 25 de abril de 1993 (f. 14, archivo 1 ED); **2.** Que del historial de vinculaciones expedido por el SIAFP (f. 168, archivo 1 ED), se extrae lo siguiente: **a)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS, el 10 de junio de 1998, vinculándose a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, con efectividad de afiliación a partir del 01 de agosto de 1998; **b)** se trasladó de **PROTECCIÓN** a **ING**, el 15 de enero de 1999, con efectividad de la afiliación al 1º de marzo de 1999; **c)** de **ING** a **COLFONDOS**, el 12 de mayo de 2000, con efectividad de la afiliación al 9 de junio de 1999 y, **d)** se trasladó de **COLFONDOS**

a **PORVENIR**, con fecha efectiva del 5 de julio de 2002. **3.** Que la demandante presentó reclamación ante **COLPENSIONES**, el 5 de junio de 2018, solicitando se permitiera su retorno al RPM (f. 7, archivo 1 ED); **4.** Que **COLPENSIONES** resolvió negativamente la solicitud en la misma fecha (f. 8, archivo 1 ED).

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.**, ni la recurrente **PORVENIR S.A.**, quienes tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al promotor de la acción.

Frente a este último aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó el formulario del traslado, única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe el cuales son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, no desconoce la Sala que los formularios de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP, sino que corresponden a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que estas entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se efectuó el traslado del demandante del RPM al RAIS, no existía la obligación para las AFP de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Súmese a lo dicho que, si bien la demandante lleva más de 20 años afiliada al RAIS, este hecho por sí solo no le otorga la razón a **PORVENIR S.A.**, pues debe reiterarse que, lo relevante es que logró verificarse que al momento de trasladarse al RAIS, no le suministró una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y entiéndase, lo aquí declarado es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, con traslados posteriores dentro del mismo régimen, y mucho menos con



la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó del actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, **incluidos los rendimientos, los gastos de administración e incluso las comisiones**, no solo por la AFP a la cual se encuentra actualmente vinculado el promotor de la acción, sino por parte de todas las Administradoras del RAIS durante el tiempo en el cual estuvo afiliado, en ese caso **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, cuestión por la que habrá de adicionarse y revocarse parcialmente la decisión de primera instancia, a fin de precisarlo en esos términos.

Si bien como lo alega la recurrente, las normas que regulan los regímenes pensionales no incluyen los gastos de administración cuando se produce un traslado entre estos, debe tenerse en cuenta que toda esa normatividad está direccionada a regular situaciones jurídicas que cumplieron con los elementos legales para su consolidación y, por tanto, surtieron plenos efectos, no siendo esa la circunstancia que ocurre en el caso bajo estudio, pues se está partiendo de un traslado de régimen pensional que no cumplió con las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP del RAIS, lo que tiene como consecuencia, de acuerdo al precedente jurisprudencial traído a colación, que dicho acto de traslado se considere ineficaz, y no simplemente como una nulidad relativa, como erradamente lo aduce la apelante. Por lo anterior, procede confirmar la decisión cuestionada en este sentido.

Sobre la improcedencia de la devolución de los rendimientos, comisiones y gastos de administración, es menester indicar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(..). 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. (...).”*

Ahora bien, debe indicarse que **COLPENSIONES**, se tiene la obligación de recibir nuevamente a la demandante en el RPM y dicha obligación no le causa desequilibrio financiero a la entidad, pues el regreso va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y las comisiones por parte de las AFP del RAIS a las cuales estuvo vinculada la promotora de la acción, es decir, el capital no se ve desmejorado.

En lo atinente a la prescripción alegada en sede de apelación, tampoco tiene asidero en el particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Con todo, habrá de revocarse parcialmente la sentencia estudiada, de acuerdo con lo descrito anteriormente, confirmándose en los demás aspectos. De igual forma, al no salir avante el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cada una.

Por lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente y **ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 221 del 27 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el entendido de **DECLARAR** que **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** también están obligadas devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones que recibieron durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a cada una de dichas AFP y que dentro de los recursos a devolver por parte de **PORVENIR S.A.**, debe incluir lo recibido por comisiones.


**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia estudiada.

**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, se le impondrán costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
actos judiciales  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Valle  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(Salvamento de Voto Parcial)**

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