



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-001- <b>2020-00189-01</b>
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Primero Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	María Lucrecia Pacheco Garzón
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>203</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 las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No. 268 emitida el 30 de noviembre 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: **i)** la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -

RAIS; y ii) que estuvo válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar todo derecho prestacional o pensional que se llegue a probar en virtud de las facultades ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Páginas 3 a 11 – PDF).

## 2. Contestaciones de la demanda.

### 2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 4 a 14 (Archivo 11 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria, por ello esa AFP no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“LA INNOMINADA”*, *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

### 2.2. Porvenir S.A.

Allegó de manera extemporánea escrito de contestación del introductorio (Archivo 18 PDF). Mediante auto No. 2722 del 13 de noviembre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda respecto de esa administradora pensional (Archivo 19 PDF).

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 268 del 30 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada Colpensiones. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por Porvenir S.A. realizado por la demandante en noviembre de 1996. En consecuencia, declaró que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, ordenó a la Porvenir S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones a admitir a la actora en el RPM, sin solución de continuidad. **Quinto**, condenó en costas a las AFP accionadas y en favor de la demandante.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que dentro del proceso no se demostró, por parte de la AFP Porvenir S.A., haber cumplido con el deber de informar de forma clara a la accionante lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante, como lo es, el futuro de su derecho pensional. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

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

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

##### **4.1. Apelación Colpensiones.**

Manifestó que a la demandante no le asiste el derecho a trasladarse de régimen. Ello, por cuanto no se demostró que hubiere sido engañada para tomar una decisión desfavorable a sus intereses o que se haya ejercido fuerza y/o coacción sobre esa decisión. Máxime cuando ha permanecido varios años en el RAIS, sin enrostrar inconformidad alguna frente al desempeño y administración de sus cotizaciones, afianzando su determinación de permanecer en ese régimen. De otro lado, en caso de confirmar el fallo, requirió se mantengan las condenas impuestas por la *A quo*.

##### **4.2. Apelación Porvenir S.A.**

Requirió se revoque la sentencia de primer grado. Adujo que no es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. El consentimiento informado para ese acto se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación ante esa AFP, tal como lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Por ende, no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la afiliada, quien se presume una persona capaz para obligarse. Dicha voluntad se mantuvo con su permanencia en el RAIS por varios años y nunca presentó ninguna queja o reclamo frente a su vinculación inicial.

De otro lado, no se acredita en el expediente argumentos jurídicos que respalden la ineficacia en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. No se entrevén actuaciones dolosas respecto de la afiliación de la accionante al RAIS. Indica que se debe abordar el estudio desde la figura de la nulidad relativa. Para la data en que la accionante se vinculó a ese fondo privado, éste no tenía el deber de documentar todo por escrito y las asesorías eran de carácter verbal. Tampoco se demostró la configuración de vicios del consentimiento a los que se refiere el artículo 1508 del C.C. Además, dicha nulidad es prescriptible y saneable.

Por otro lado, enrostró su inconformidad de trasladar los cotizaciones, **sumas adicionales** y **bonos pensionales**. Frente a estos últimos dos conceptos, argumentó que no se acreditan en la cuenta de ahorro individual de la actora. En cuanto a los **gastos de administración**, está direccionada a retribuir la gestión de la AFP y, por tanto, no es del afiliado. Devolver dicha suma es un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido en favor de Colpensiones, quien no ejecutó ninguna gestión. Por tanto, no es procedente ordenar su devolución. De ordenar lo contrario, se transgrediría el principio de buena fe y confianza legítima de la que es titular esa AFP. En todo caso, requiere se aborde el fenómeno prescriptivo frente a dichas comisiones de administración. Por último, requiere se revoque la **condena en costas** impuestas en su contra en primer grado.

## 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, se pronunciaron, así:

#### **5.1.1. Porvenir S.A.:**

Deprecó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Manifestó que, en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento. Tampoco procede la declaratoria de ineficacia. Expresó que el formulario de afiliación contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones. Además, siempre se le garantizó el derecho de retracto. No se puede imponer cargas distintas a la AFP. Finalmente, resaltó que, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

5.1.2. Las demás partes, guardaron silencio en el término conferido para formular 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 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, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración, bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A.?

## **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 de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

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 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>1</sup>, Porvenir S.A.<sup>2</sup>, y el formulario de traslado de régimen pensional<sup>3</sup>, se desprende que, la accionante 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 10 de enero de 1985 al 31 de diciembre de 1996.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 22 de noviembre de 1996, la accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de enero de 1997, administradora en la que ha continuado cotizando.

---

<sup>1</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 19 a 23 y archivo 12.

<sup>2</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 24 a 29.

<sup>3</sup> Archivo 01 – PDF – Página 40.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, no se le brindó ninguna asesoría. No se le suministró los cálculos o proyecciones respecto de su futuro pensional. Tampoco se le ilustró de las posibles consecuencias adversas o favorables del cambio del RPM al RAIS.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. no allegó escrito de contestación de la demanda de manera oportuna. En el recurso de apelación, la profesional del derecho recalcó que el consentimiento informado para ese acto se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación ante esa AFP, tal como lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, indicó que la accionante convalidó su afiliación por la mera permanencia en el RAIS durante varios años.

2.3.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito 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 la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches de las recurrentes concernientes a que la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la promotora de la acción.

Nótese, además, que 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).

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Esta posición ha sido decantada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

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

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, primas, porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

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 otras.

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).

3.2.3. Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formaran parte de la cuenta individual del afiliado.

#### **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, de manera evidente, cobija a los conceptos que debe la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de la recurrente y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

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

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de 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. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuesta por la *A quo*.

#### **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 Colpensiones, y en favor de la actora.

### **IV. DECISIÓN**

En mérito de 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:**

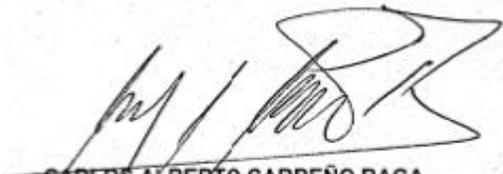
**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia objeto de apelación y consulta.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
actos judiciales  
  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Call-Vote  
**FABIO HERNÁN 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)*