



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-010-2019-00235-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Décimo Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	María Cristina Arenas Ospina
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>383</b>

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 87 emitida el 26 de mayo de 2022. 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 de régimen de prima media con prestación definida efectuado a Porvenir SA, la cual estuvo

mediada de error, y que por ello, ésta se encuentra viciada de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: 1) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, 2) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media, Y 3) por no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 y 97 del Decreto 656 de 1994. **ii)** La afiliación de María Cristina Arenas Ospina a Colpensiones, se sujeta en derecho y ordenar a la entidad afiliarla al RPM. **iii)** Ordenar a Porvenir SA, trasladen los aportes efectuadas, junto con sus respectivos rendimientos a Colpensiones y asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes. **iv)** Al pago de las costas y agencias en derecho que se causen. (Págs. 05 a 25 Archivo 02 PDF).

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

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

Porvenir S.A. mediante escrito visible en las páginas del 178 a 197 del Archivo 01 PDF. Colpensiones a folios 02 a 12 Archivo 08 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, 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. El *a quo* dictó sentencia No. 87 emitida el 26 de mayo de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probados los medios exceptivos invocados por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia total y dejar sin validez alguna la afiliación de la demandante María Cristina Arenas Ospina al RAIS, administrado por AFP Porvenir S.A. **Tercero**, declarar como única afiliación válida de la parte demandante María Cristina Arenas Ospina, la del régimen de prima media administrado por Colpensiones. **Cuarto**, Condenar a la AFP Porvenir S.A., traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante María Cristina Arenas Ospina, como cotizaciones de la cuenta individual, rendimientos, frutos,

intereses, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, valores por concepto de aporte a pensión mínima; al igual que deberán retornar a Colpensiones los valores percibidos por conceptos de gastos de administración. **Quinto**, condenar en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones EICE. **Sexto**, remitir el expediente en consulta, en caso de no ser apelada.

3.2. Para adoptar tal determinación, 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. En caso de omitir dicho deber por parte del fondo, se debe declarar la nulidad del acto de afiliación, pues no basta la firma en el formulario de afiliación para demostrar la asesoría brindada.

Concluyó que conforme a las pruebas aportadas no se evidencia que el fondo privado hubiese otorgado la información completa, veraz al momento del traslado e imparcial por parte de Porvenir S.A.; por lo anterior, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado, en virtud del precedente ampliamente citado.

#### **4. Recurso de apelación**

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A. formularon recursos de apelación:

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

Pide se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de demanda, se revoquen todas y cada una de las condenas. Sustentó su censura en los siguientes términos:

Porvenir siempre actuó de buena fe, tal y como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma a pesar de ser preimpresa, se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Documento que considera es prueba suficiente a la libertad de afiliación de la accionante, ajustado a las obligaciones consagradas en los artículos 14 y 15 del decreto de 1056 de 1994. Insiste en que la obligación de informar a los potenciales afiliados de forma escrita al momento del traslado del régimen pensional, beneficios, consecuencias, ventajas y desventajas surge a partir del inciso cuarto del artículo 3º del Decreto 2071 de 2015, es decir, 10 años después a la fecha en que se dio la afiliación de la actora con Porvenir.

Agrega, que no es procedente la declaratoria de ineficacia cuando la solicitud se realiza, no por una falta de información, sino cuando la actora se encuentra cerca del cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho de la pensión de vejez.

Alega que, dentro de la excepción de prescripción, el efecto de discusión y de reclamo de la parte actora por la actuación realizada en el año 1995, sí es susceptible de la configuración de dicho medio exceptivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del Código sustantivo del trabajo y 151 del Código procesal del trabajo de la Seguridad Social.

Asimismo, reiteró que ante cualquier inconformidad de la actora en razón a los estudios por ella expresados en su interrogatorio de parte, la misma podía perfectamente haberse trasladado con anterioridad al RPM y no lo hizo, si no que esperó hasta cuándo se encontraba inmersa entre la provisión legal.

Enuncia que conforme a la declaratoria de ineficacia no solamente se está ordenando la suma por concepto de **cotizaciones**, sino también por concepto de rendimientos, entendiendo que la consecuencia jurídica de la ineficacia es que el vínculo no existió, es decir, que la parte actora nunca estuvo vinculada en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Así las cosas, sostiene que no tendría por qué Porvenir, verse afectada en su patrimonio al ordenarse devolver **gastos de administración**, sin avizorarse que nunca fueron estas sumas a la cuenta de ahorro individual de Porvenir. Alude que, gracias a la administración que se dio por parte de dicha AFP, es que actualmente se

encuentran los recursos por concepto de rendimiento en la cuenta de ahorro igual.

Frente a los **bonos pensionales**, si los hubiere, precisa que no debería de ser devuelto a Colpensiones sino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que es quien emite el bono pensional. Asimismo, frente a las sumas por concepto de **gastos de administración**, precisa que la Comisión de Administración está direccionada a retribuir la gestión que en desarrollo de las administradoras de los fondos privados. Por tanto, insiste en que dicha comisión no es de la afiliada, toda vez que la ley dispone dicho porcentaje a favor de las AFP. Advierte que devolver tales gastos de administración generaría un enriquecimiento sin justa causa de un pago de lo no debido a Colpensiones.

Frente a las **sumas adicionales de la aseguradora**, alega que no es viable que Porvenir deba restituir las por cuanto las mismas operan únicamente cuando haya existido un siniestro por muerte o invalidez. Agrega que dicha figura no opera en el régimen de prima media y en caso de existir, no debería de ser devuelto a Colpensiones.

Por último, frente a las sumas del **fondo de garantía de pensión mínima**, esta suma ya se encuentran extintas y no hacen parte de los dineros que administra Porvenir. Por lo tanto, tampoco es procedente su devolución.

#### **4.2. Apelación Colpensiones**

Pretende se tenga en cuenta el Decreto 2241 de 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero, y determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones. Alude que, en atención a la anterior normativa, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema de pensiones. Destaca que el silencio en el transcurso del tiempo, dan cuenta del verdadero entendimiento del afiliado, evocando al respecto precedente jurisprudencial y el artículo 1509 del Código Civil, para luego señalar que, el error de derecho no genera vicio en el Negocio jurídico. Por tanto, la demandante debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

Invocó el artículo 34 de la Constitución Política y los principios que rigen el derecho a la Seguridad Social, al principio de unidad fiscal y estabilidad financiera del Estado. Enuncia, que la declaratoria injustificada de ineficacia del traslado al afiliado al régimen de prima media al RAIS, afectaría la sostenibilidad del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Respecto **de la condena en costas**, solicitó se revoque la decisión por cuanto Colpensiones no tiene la potestad de declarar la ineficacia del traslado por sí sola, por presumirse la afiliación legal, requiriendo pronunciamiento judicial para anular la afiliación.

## **5. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

### **5.1. Colpensiones, parte demandante y Porvenir S.A.**

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 4, archivo 03 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

## **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Problemas jurídicos.**

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones,

además de las cotizaciones y los rendimientos, los frutos, intereses, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, valores por concepto de aporte a pensión mínima y gastos de administración con cargo a su propio patrimonio?

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

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones?

## **2. Respuesta a los interrogantes.**

**2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?**

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado 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 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.

### **2.1.1 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.

### **2.1.2 Caso en concreto.**

Para este caso, de la historia laboral Colpensiones<sup>1</sup> y Porvenir S.A.<sup>2</sup>, el

---

<sup>1</sup> Archivo 08 – PDF – Página 41 a 48

<sup>2</sup> Archivo 01 – PDF – Página 50 a 62 y 205 a 245

formulario de traslado de régimen pensional<sup>3</sup>, y el historial de vinculaciones de Asofondos<sup>4</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 29 de junio de 1984 al 09 de noviembre de 1993<sup>5</sup>.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el **04 de agosto de 1995**, la accionante se trasladó a Porvenir S.A, siendo efectiva el 01 de septiembre de 1995, entidad en la que continuó cotizando.

Hora de la consulta : 10:22:41 PM  
Afiliado: CC 31851730 MARIA CRISTINA ARENAS OSPINA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31851730							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-08-04	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1995-09-01	

Un item encontrado.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31851730						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-08-04	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, no se le informó de manera completa, comprensible y a la medida sobre: 1) las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, 2) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media, Y 3) no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 y 97 del Decreto 656 de 1994.

Dígase además que en interrogatorio de parte la señora María Cristina Arenas Ospina, en su condición de abogada penalista y personera delegada afirmó que la afiliación se dio en el año 1995 al ingresar a la Secretaría de Gobierno por contrato. Que, para ese momento se encontraban los fondos privados Porvenir y Horizonte para afiliarlos sin que mediara ninguna capacitación, no

<sup>3</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 41 y 202

<sup>4</sup> Archivo 01 – PDF – Página 198 a 201

<sup>5</sup> Archivo 08 – PDF – Página 41 a 48

le dieron ninguna explicación de las ventajas y desventajas del traslado de régimen. considera que fue engañada por parte de Porvenir, cuando le indicaron que el ISS iba a entrar en quiebra. Adujo que después del año de 1995, no se enteró que a la edad de los 47 años podía regresar a Colpensiones, ni Porvenir S.A., le notificó tal circunstancia. Aduce que como personera delegada devenga un salario superior a \$7.000.000, y al enterarse que en Porvenir S.A., se pensionaría con un salario mínimo, tomó la decisión de presentar la demanda. No le realizaron ninguna proyección de su mesada pensional. Desconoce si la cuenta de ahorro individual genera rendimientos. (Minuto 13:15 a 27:05 Archivo 14).

Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró haber brindado a la parte 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 suscritos por la parte 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 la administradora a la que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

***“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ***

*SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**». Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.*

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 los argumentos de Porvenir S.A

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.

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 las AFP 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. Ello, ha sido sostenido 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 parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

**2.2 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, valores por concepto de aporte a pensión mínima y gastos de administración con cargo a su propio patrimonio?**

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, también debe devolver bonos pensionales, si los hubiere, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido.

**2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:**

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.

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).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la parte afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, 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”.**

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.

De igual forma ocurre con el **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro 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.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

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

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).

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. Sin que haya lugar a efectuar modificación alguna al respecto.

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a retornar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como los aportes, cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, Asimismo, gastos de administración y porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio.

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

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.

### **2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?**

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demandada.

### **3. 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, 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, los valores que percibió por motivo de afiliación de la demandante, tales como aportes, las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere. Asimismo, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones, 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  
Acto Judicial  
Cali-Valle  
**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  
Acto Judicial  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-010-2019-00235-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Décimo Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	María Cristina Arenas Ospina
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA**

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual

del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).

4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA