



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

|                              |   |
|------------------------------|---|
| <b>Clase de proceso:</b>     | Ordinario Laboral   |
| <b>Radicación:</b>           | 76-001-31-05-003- <b>2021-00369-01</b>                                  |
| <b>Juzgado de origen:</b>    | Tercero Laboral del Circuito de Cali                                    |
| <b>Demandante:</b>           | Celia María Saavedra Salinas  |
| <b>Demandados:</b>           | - Colpensiones<br>- Colfondos S.A.                                      |
| <b>Asunto:</b>               | <b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional |
| <b>Sentencia escrita No.</b> | <b>235</b>  |

**I. ASUNTO**

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado de Colpensiones, contra la sentencia No. 294 emitida el 23 de noviembre de 2021. 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 la ineficacia o nulidad de la vinculación que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Asimismo, solicitó lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho (Flios 02 a 21 Archivo 02 PDF).

## 2. Contestaciones de la demanda.

### 2.1. Colpensiones, y Colfondos

Colpensiones, mediante escrito visible a folios 03 a 10 del Archivo 06 PDF. Colfondos S.A., a folios 02 a 22 del Archivo 02 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.) El Ministerio Público intervino en escrito obrante a folios 01 a 07 Archivo 05 PDF

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 294 emitida el 23 de noviembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS administrado por Colfondos S.A. **Segundo**, condenar a Colfondos S.A., que transfiera a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes al RPM administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, condenó en costas a Colfondos S.A. y absolvió a Colpensiones. **Quinto**, consultar la sentencia en favor a Colpensiones

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada de la demandante al fondo privado. Éste debe probar que efectivamente brindó la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió con el solo formulario no demuestra el haber suministrado información suficiente al

afiliado al momento del traslado. Por tanto, y dado que no se probó el deber de información, debe declararse la ineficacia del traslado.

Finalmente, adujo que la ineficacia del traslado frente a la solicitud de un acto jurídico no tiene vocación de prescripción por la condición de irrenunciabilidad de la seguridad social.

#### **4. Recurso de apelación**

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación:

##### **4.1. Apelación Colpensiones**

Sustenta su recurso argumentando que la afiliación de la demandante se realizó en el ejercicio legítimo que tenía a la libre escogencia del fondo de pensiones conforme lo señala la Ley. De esta manera, no puede predicarse la existencia de error por vicio en el consentimiento, por lo que no existe razones fácticas ni jurídicas para que Colpensiones tenga válidamente afiliado a quien está en un fondo privado.

#### **5. 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, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

La parte demandante y Colpensiones a través de escritos obrantes a folios 01 a 03 Archivo 04 PDF y 01 a 04 Archivo 05 PDF (Cuaderno Tribunal), respectivamente, presentaron alegatos de conclusión. Colfondos S.A. guardó silencio

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **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. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración?

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

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

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

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 al Colfondos 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.

#### **2.1.2. 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.

### **2.1.3. Caso en concreto.**

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones<sup>1</sup>, Colfondos S.A.<sup>2</sup>, el formulario de traslado de régimen pensional<sup>3</sup>, la certificación de Asofondos<sup>4</sup> y del bono pensional<sup>5</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 30 de septiembre de 1993 a 01 de diciembre de 1993.
  
- b. Según el formulario de vinculación, el 15 de abril de 2004, la accionante se trasladó a Colfondos S.A., con fecha de efectividad a partir del **01 de junio**

---

<sup>1</sup> Archivo 06 – PDF – Páginas 204 a 207

<sup>2</sup> Archivo 02 – PDF – Páginas 37 a 41.

<sup>3</sup> Archivo 02– PDF - Páginas 26

<sup>4</sup> Archivo 04– PDF - Páginas 01 a 07

<sup>5</sup> Archivo 16– PDF – Página 161 a1634a

**de 2004**, entidad donde actualmente ha cotizado.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la actora no recibió la suficiente información acerca de las ventajas y beneficios que tendría al regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al cual hubiera podido retornar antes de cumplir 47 años; aunado, le fue indicado que el ISS se acabaría.

Para la Sala, Colfondos S.A. no demostró haber 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 debían 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 último, 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 el fondo privado 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 decantado 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 actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

**2.2. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración?**

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, asimismo, gastos de administración. De igual forma, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso. Por lo tanto, se deberá adicionar 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 Colfondos 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 el afiliado estuvo vinculado 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**”.*

Finalmente, deviene procedente ordenar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se hace a Colpensiones, la devolución del **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

Finalmente, 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”.*

#### **2.4. ¿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.

#### **3. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **Colfondos S.A.** trasladar a Colpensiones, además, de los conceptos señalados por la a quo, las primas de

seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso.

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

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia, a cargo de Colpensiones y en favor de la parte 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

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

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial

  
**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**