



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente:  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76001-31-05-003-2020-00335-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Tercero Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Irving Alberto Henríquez Dorado
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir SA. - Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona, y confirma sentencia</b> – Ineficacia del traslado de régimen pensional y reconocimiento pensión de vejez-.
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>350</b>

**I. ASUNTO**

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir SA, contra la sentencia No. 279 emitida el 26 de octubre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Procura el demandante que se declare en su favor de manera principal:

**i)** La nulidad absoluta del traslado de régimen de prima media con prestación definida efectuado a Colfondos y el posterior traslado a Porvenir SA. **ii)** Se ordene el retorno a Colpensiones, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida del actor. **iii)** Ordenar a Porvenir SA, trasladen los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses a Colpensiones. **iv)** Ordene a Colpensiones a que una vez Porvenir S.A. dé cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida. **v)** Se declare que tiene derecho al reconocimiento de una pensión de vejez bajo el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, por haber reunido los requisitos de 62 años de edad y más de 1.300 semanas cotizadas a cargo de Colpensiones. **vi)** ordene a Colpensiones al pago de la pensión de vejez a partir del 10 de agosto de 2020, junto con el retroactivo a que haya lugar, debidamente indexado. **vii)** Lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso. **viii)** Al pago de las costas y agencias en derecho que se causen. (Fls. 2 a 28 – 01Expediente.PDF).

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

### **2.1. Colpensiones.**

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 112 a 119 Archivo 01.PDF En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

### **2.2. Porvenir SA**

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 169 a 192 ibidem. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

### **2.3. Colfondos S.A.**

Mediante escrito visible a folio 311 Archivo 01- PDF, Colfondos S.A., se allanó a las pretensiones de la demanda, en aplicación al artículo 98 del C. G. del P., en relación con las pretensiones en contra de dicha administradora.

### 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 279 del 26 de octubre de 2020. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. y del traslado entre fondos realizado a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., realizado por el señor Irving Alberto Henríquez Dorado, último al que se encontraba afiliado. **Segundo**, como consecuencia de lo anterior, se ordena a Porvenir S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de Irving Alberto Henríquez Dorado, al régimen de prima media administrado por Colpensiones. **Tercero**, Ordenar a Colpensiones proceda a aceptar el traslado de Irving Alberto Henríquez Dorado, del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que una vez reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante Irving Alberto Henríquez Dorado, proceda a realizar el estudio pensional, y al reconocimiento, si a ello hubiera lugar, para lo cual se le otorga, un término de cuatro meses, contados a partir del traslado de los recursos. **Quinto**, condenar en costas a la parte vencida en juicio. **Sexto**, consúltese la sentencia ante el Superior.”

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. Reiteró que, de las pruebas allegadas al plenario, existen suficientes argumentos de hecho y derecho para declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante. Ordenó por tanto a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración.

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.

En lo que respecta al reconocimiento del derecho pensional, como consecuencia de la nulidad del traslado, y sin realizar estudio previo de los requisitos mínimos, la *a quo* ordenó a Colpensiones que una vez reciba por parte de la AFP Porvenir todos los ahorros, recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante Henríquez Dorado, proceda a realizar el estudio pensional y a su **reconocimiento si a ello hubiere lugar**.

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

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Porvenir SA, formularon recursos de apelación.

##### **4.1. Apelación la parte demandada – Colpensiones**

Pretende se revoque la sentencia, pues a la fecha el demandante cuenta con más de 52 años de edad. Adujo que, para el momento del traslado del RAIS registrada en Colpensiones, estaba el actor en pleno derecho de hacer dicha afiliación. Por tanto, considera que el procedimiento dado fue acorde a la ley por parte de Colpensiones, toda vez que *“al haberse negado el traslado del demandante, puede estar incurriendo en una violación al derecho a la libre elección que a él le asistía” (sic)*. La afiliación al RAIS del actor, goza de plena

validez jurídica, al haberse manifestado de manera libre y voluntaria su consentimiento a la hora de realizar el traslado, por tanto, no hubo vicio alguno. Considera que declarar la nulidad e ineficacia del traslado se genera un traumatismo para el Estado visualizada en una inestabilidad jurídica y financiera. Alega, que no es procedente la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado, en aplicación del artículo 2º de la Ley 197 de 2003, pues el actor está próximo a adquirir su derecho pensional.

En lo que respecta al estudio pensional y posterior reconocimiento, refirió que no es obligación de Colpensiones efectuar dicho procedimiento, de cara a la validez jurídica de la afiliación efectuada por el actor al RAIS. Por tanto, refiere, que a quien le corresponde reconocerle el derecho pensional al actor, es al fondo privado en el cual se encuentra válidamente afiliado.

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

Censuró la sentencia emitida por el juez de primer grado, al verificar que, Porvenir SA. sí cumplió a cabalidad con el deber de información al cual estaba obligada para la época en la que el demandante suscribió el formulario de afiliación en el año de 2001. Aduce que, para esa data, las normas que estaban vigentes era el decreto 3466 de 1982, el decreto 663 de 1993, el decreto 656 de 1994 y la ley 100 de 1993. Preceptos que alega, no se le imponía brindara una información en los mismos términos y lineamientos que se han venido desarrollando a partir del año 2008, por la jurisprudencia y el decreto 2555 del 2010, el decreto 2071 en 2015, y la ley 1748 del 2015.

Considera que, exigirle a Porvenir SA el cumplimiento de un deber de información que, en su época no le era oponible, implica obligarle a cumplir un imposible. Señala como prueba fehaciente de la voluntad de afiliación del demandante y de la información proporcionada, el formulario de afiliación al cual no se le debe restar el valor probatorio.

Alega que, Porvenir no debe estar obligada a devolver los gastos de administración durante todo el tiempo que ha administrado los recursos del demandante. Agrega que, conforme lo establece el artículo 20 de la ley 100 de 1993, dichos recursos fueron descontados de los aportes realizados por el

actor para dar una buena gestión y administración de su cuenta de ahorro individual, generando unos rendimientos financieros, verificables dentro del expediente.

Finalmente indicó que, debe declararse probada la excepción de prescripción formulada por Porvenir SA, toda vez que conforme lo establece el artículo 488 del CS del T, y el Art. 151 del C.P. del T. y de la S.S., por discutirse el acto de afiliación que el demandante suscribió en el año de 2001. Por tanto, pide se revoque el numeral segundo de la sentencia.

## **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 Legislativo 806 del 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022<sup>2</sup>, se pronunciaron, así:

#### **5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos Pensiones y Cesantías:**

Porvenir S.A., lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 7, archivo 04 PDF; Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3, archivo 06 PDF y el actor también los radicó a través de escrito visible a folio 3 a 5, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron silencio.

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

### **1. Problemas jurídicos.**

Corresponde a la Sala establecer si:

---

<sup>1</sup> "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

<sup>2</sup> Vigente a partir del 13 de junio de 2022

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

1.2. ¿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, los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A. el traslado de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?

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

1.5. ¿Tiene derecho el demandante a que una vez Colpensiones reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual, este fondo pensional, proceda a realizar el estudio pensional, y al reconocimiento, si a ello hubiera lugar?

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

**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 de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a Porvenir S.A., demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que

implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, 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 las historias laborales de Colpensiones<sup>3</sup>, Colfondos<sup>4</sup> Porvenir S.A.<sup>5</sup>, simulación pensional efectuada por Porvenir el 28 de mayo de 2020<sup>6</sup> los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional<sup>7</sup>, bono pensional<sup>8</sup> y del historial de vinculaciones de Asofondos<sup>9</sup>, se desprende que, el accionante Irving Alberto Henríquez Dorado ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 06 de junio de 1975 al 31 de diciembre de 1992<sup>10</sup>.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el actor se trasladó del régimen a Colfondos, y realizó aportes entre el 01 de abril de 1999 al 30 de septiembre de 2001<sup>11</sup>. Posteriormente a Porvenir SA, con fecha efectividad del 01 de octubre de 2001, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 24 de agosto de 2001<sup>12</sup>.

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación del actor al RAIS, no le brindaron ilustración alguna de cómo operaría el fondo de pensiones, ni le hicieron saber sobre las consecuencias del traslado de régimen. Considera que no hubo un consentimiento libre voluntario e informado, porque

---

<sup>3</sup> Archivo 01 Expediente .PDF, Pág. 31 a 33 y 120 a 124, 150 a 156

<sup>4</sup> Pág. 45 Archivo 01 PDF

<sup>5</sup> Pág. 62 a 76 y 211 a 261 Archivo 01 PDF

<sup>6</sup> Pág. 77 a 80 Archivo 01 PDF

<sup>7</sup> Pág. 196 Archivo 01 Expediente-PDF

<sup>8</sup> Pág 204 a ,209 ibidem

<sup>9</sup> Pág 194, Archivo 01 Expediente-PDF

<sup>10</sup> Archivo 01 Expediente .PDF, Pág. 31 y 120.

<sup>11</sup> Pág. 45 Archivo 01 PDF

<sup>12</sup> Pág 194, Archivo 01 Expediente-PDF.

desconocía el actor las consecuencias que debería soportar al trasladarse de régimen pensional a cerca de sus derechos pensionales a futuro. No cumplieron con el deber de haberle entregado un proyecto pensional en donde se le informara el monto de la pensión en el RPM ni en el RAIS, como tampoco qué implicaciones y favorabilidades tendría el traslado, como para indicar que el traslado se hizo con transparencia y agotada una asesoría personalizada e integral. Concluye que el consentimiento del actor se encuentra viciado de nulidad.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a ese fondo privado. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, por su parte, se allanó a las pretensiones insertas en la demanda.

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la 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 debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

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).

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, el actor permaneció varios años en el RAIS y le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. 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 el argumento de Porvenir S.A.

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 de los traslados, 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, los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A. el traslado de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?**

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 a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos. A Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. 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 otros.

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 los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

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**". Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.

Finalmente, deviene procedente ordenar 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.

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".*

Advierte la Sala, que la orden de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, debió extenderse a

Colfondos S.A; entidad donde se trasladó el accionante y efectuó aportes entre el 01 de abril de 1999 al 30 de septiembre de 2001<sup>13</sup>.

### **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. Por tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de la apoderada judicial de Porvenir S.A. y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

### **2.4. ¿Tiene derecho el demandante a que una vez Colpensiones reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual, este fondo pensional, proceda a realizar el estudio pensional, y al reconocimiento, si a ello hubiera lugar?**

La respuesta este interrogante es **positiva**. Lo anterior, por cuanto se encontró que luego de declararse la ineficacia del traslado, es viable que el juez de instancia, al constatar el cumplimiento de los requisitos mínimos, proceda a otorgar la pensión de vejez por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, al no haber sido objeto de censura por el extremo activo, el hecho de que el juez de primer grado simplemente ordenó que una vez que Colpensiones reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual de la AFP, debía realizar el estudio y el reconocimiento pensional, si a ello hubiera lugar, la Sala confirmará dicha postura.

#### **2.4.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:**

---

<sup>13</sup> Pág. 45 Archivo 01 PDF

Sería el caso proceder a verificar sobre la viabilidad del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez invocados en las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, de cara al:

**i)** artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se estableció como requisito para obtener la pensión de vejez, en el RPM, el cumplimiento de la edad de 60 años en el caso de los (la cual se incrementó, por virtud de esa misma disposición a 62 a partir del 1 de enero de 2014); así como la realización de cotizaciones durante 1000 semanas en cualquier tiempo, las cuales se incrementaron en 50 semanas a partir del 1 de enero de 2005, y en 25 cada año desde el 1 de enero de 2006, hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015. Es decir, para causar la mencionada pensión, en el caso de los hombres después del 1 de enero de 2015, la edad requerida es de 62 años, y la densidad de cotizaciones es equivalente a 1300 semanas.

**ii)** Así como al artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 -aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año-, que establece como requisito de exigibilidad, la desafiliación del aportante, a efectos, de que éste pueda «*entrar a disfrutar de la misma*».

**iii)** Al artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone la aplicabilidad de las disposiciones, que, a la fecha de promulgación y entrada en vigencia del Estatuto de Seguridad Social, se encontraban en vigor dentro del extinto Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones, o excepciones introducidas por este último.

**iv)** Superados los anteriores preceptos normativos, debía verificarse si el actor aún se encontraba afiliado al sistema, y si venía efectuando cotizaciones. En caso positivo, no era factible, entonces, disponer el pago de la prestación, hasta que se concretara la novedad de retiro del sistema. Presupuesto indispensable para definir la data a partir de la cual procede el disfrute de la prestación.

**v)** Finalmente debía la Sala ordenar que el Ingreso Base de Liquidación se determinara con sujeción estricta a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100

de 1993; y que el monto se calcule tomando como base el artículo 33 de la referida normativa, y debiéndose descontar los aportes con destino a salud.

Sin embargo, en el caso que hoy nos convoca, la *a quo* dispuso “ordenar a Colpensiones que una vez reciba los ahorros y recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante Irving Alberto Henríquez Dorado, **proceda a realizar el estudio pensional, y al reconocimiento, si a ello hubiera lugar ...**”. Determinación que no encontró reproche por el extremo activo de la acción, por tanto al encontrarnos en los horizontes de la consulta, pero a favor de Colpensiones, no es dable a esta Corporación, realizar el estudio conforme se explicó. Se impone, confirmar la decisión de primer grado.

### **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 Porvenir S.A., 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 parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** trasladar a Colpensiones los valores que percibió por motivo de afiliación del demandante, tales como, 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. Últimos dos conceptos, que se hacen extensivos a **Porvenir S.A.**

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

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A., 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

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

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial

  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

Importa puntualizar lo indiscutido que es la configuración del derecho pensional, con independencia del régimen al que estuviese válidamente vinculado, si se dan los supuestos facticos y jurídicos del caso, por lo tanto, el reconocimiento de ese derecho tiene lugar desde la data de conjunción de sus requisitos, sin que el hecho de la ineficacia o no del traslado impida el goce de la misma desde su causación.

Es que se considera no existir razonamientos vigorosos a favor de la interpretación de la Sala mayoritaria, cuando incluso en el campo del derecho civil, la hermenéutica va de la mano de la evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa, situación a desarrollar en el presente evento cuando lo real es no poderse desvincular del trabajo si no se cuenta con flujo económico permisible o correspondiente con su estado vivencial.

De igual forma, considero no resultar procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

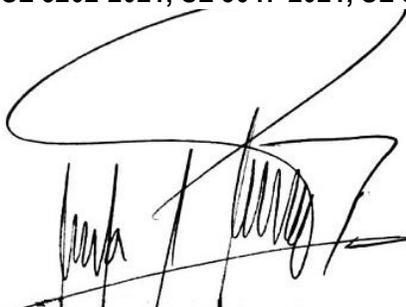
4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*<sup>2</sup>.

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin<sup>5</sup>. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*<sup>4</sup>.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia<sup>5</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>6</sup>, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*<sup>7</sup>.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**.

El magistrado,



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**