



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

Magistrado Ponente:

**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-012-2019-00726-01
<b>Juzgado de origen:</b>	Doce Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Maricel Viveros Zapata
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Confirma sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>173</b>

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia No. 263 emitida el 25 de noviembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales y rendimientos financieros, intereses

legales y lo ultra y extra petita. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 – Páginas 41 a 48 – PDF).

## 2. Contestaciones de la demanda.

### 2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 64 a 73 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que el traslado de régimen de la accionante se realizó de forma libre. Tampoco se demuestra ningún vicio del consentimiento en el acto del traslado. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*”, “*INNOMINADA*”, “*BUENA FE*” y “*PRESCRIPCIÓN*”.

### 2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 112 a 132 (Archivo 01 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la demandante no demuestra ninguna nulidad que invalide la afiliación voluntaria al RAIS. Agregó que fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Formuló como excepciones de mérito, las de: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD*”, “*COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*” y “*BUENA FE*”.

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 263 del 25 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la actora al RAIS, conservándose en consecuencia, en el Régimen de Prima Media administrado actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad. **Tercero**, condenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes que tiene en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de

la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos mencionados. **Cuarto**, absolvió en costas a Colpensiones. **Quinto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte del fondo privado haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

#### **4. Recurso de apelación Porvenir S.A.**

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A. formuló recurso de apelación:

Requirió se revoquen las condenas impuestas por la juzgadora de primer grado. Alude que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que ese fondo privado si cumplió con el deber de información que le correspondía al momento de la afiliación al RAIS por parte de la demandante, en el año 2000. Le brindó toda la información de manera diligente y oportuna acerca de las características del régimen al que se estaba afiliando. En virtud de ello, la actora suscribe el formulario de afiliación con esa AFP. Que durante 20 años, se ha encontrado conforme con el RAIS, salvo cuando ya se encontró inmersa en la prohibición de traslado entre regímenes.

Resalta que, contrario a lo señalado por la *A quo*, ese fondo privado no es la parte fuerte de la relación. Ello, por cuanto no nos encontramos frente a la celebración de un contrato, sino ante la mera afiliación al Sistema de Seguridad Social a través de un formulario de afiliación. Lo anterior permite deducir que hay unos deberes y obligaciones en cabeza de la parte accionante y de la AFP. A la primera, le correspondía el deber de informarse de manera diligente y oportuna acerca del Sistema General de Pensiones, a

partir de la información proporcionada por Porvenir S.A. Puntualiza que la actora nunca presentó solicitud de regreso al RPM, lo que permite entrever su voluntad de afiliación con el fondo privado.

Manifiesta que se constata que la inconformidad de la promotora de la acción se relaciona con el valor aritmético que le fue calculado en el RAIS. No obstante, no hay lugar a declarar la ineficacia de traslado por la diferencia de las mesadas entre ambos regímenes. Máxime, cuando estos últimos son excluyentes y no son equiparables las características con las cuales se reconoce la pensión de vejez.

Por otro lado, aduce que, en caso de acogerse la declaratoria de ineficacia, requiere la modificación del numeral 3° del fallo de primer grado, por cuanto no es posible el traslado de los **gastos de administración**. Dichas sumas fueron descontadas conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las que se utilizaron para efectuar una buena administración de los recursos de la cuenta individual de la demandante. Tampoco procede la devolución de los **bonos pensionales**, aún si los hubiere, habida cuenta que esa AFP no ha recibido ese dinero por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Respecto a la condena por la devolución de las **sumas adicionales de la aseguradora** con todos sus frutos e intereses, no se aviene procedente. Ello, toda vez que la aplicación del artículo 1746 del C.C. se da para la declaratoria de nulidad y no para la ineficacia. De otro lado, esa AFP ya canceló a la aseguradora las sumas de dinero correspondientes para cubrir el riesgo de invalidez y muerte. Dichos rubros se encuentran extintos e invertidos para dicho propósito. La mentada orden se constituye como un enriquecimiento sin justa causa para la actora.

Finalmente, propone que se declare probada la **excepción de prescripción**. Los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S. prevén que dicha figura es procedente. Lo reprochado en el *sub lite* es el acto de traslado del año 2000, encontrándose prescrita la acción. Aclara que lo imprescriptible únicamente es el derecho pensional, el que no está en discusión en el presente asunto. Entender lo contrario es una clara vulneración a la garantía de seguridad jurídica.

## **5. Trámite de segunda instancia**

### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

#### **5.1.1. Colpensiones:**

Recalcó que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia como lo demuestra la respectiva firma en el formulario de afiliación. Alude que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento del traslado. Por tanto, la afiliación de la actora se encuentra vigente. No resulta procedente la declaratoria de nulidad, toda vez que se crea un traumatismo para el estado, generándole a Colpensiones, una inestabilidad jurídica y financiera. En caso de confirmar el fallo de primer grado, requiere se condene a devolver los gastos de administración, rendimientos, las primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima. Por último, requiere se revoque la condena en costas de primer grado.

#### **5.1.2. Porvenir S.A.:**

Reiteró que esa AFP, proporcionó a la demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al RAIS. Agregó que, ese acto de afiliación, no puede catalogarse como la suscripción de un contrato, se trata de una mera afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Además, los afiliados al RAIS, son considerados consumidores financieros, lo que les impone un deber y una obligación de informarse de manera diligente y oportuna acerca del S.G.P. De otro lado, resaltó la improcedencia de ordenar la devolución por gastos de administración. También replicó los argumentos frente a la prescripción de la acción.

5.1.3. La parte demandante, guardó silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración, bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora?

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

#### 2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. 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 a la AFP Porvenir S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de

afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución

normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada *–cuando no imposible–* o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

### **2.3. Caso en concreto.**

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones<sup>1</sup> y Porvenir

---

<sup>1</sup> Carpeta 02 – Expediente Administrativo – Historia laboral.

S.A.<sup>2</sup>, el formulario de traslado de régimen pensional<sup>3</sup>, el certificado de información laboral para bono pensional<sup>4</sup> y del historial de vinculaciones de Asofondos<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 05 de julio de 1984 al 31 de marzo del año 2000.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado<sup>6</sup> y el historial de vinculaciones<sup>7</sup>, el 25 de febrero del año 2000, la accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de abril** del mismo año, última entidad en la que continuó cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no recibió información adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, para que, con dicha ilustración, hubiere podido escoger el régimen que más la beneficiaría. Finalmente, indicó que la mesada pensional en el RAIS resulta inferior a la que arrojaría la del RPM.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. en su escrito de contestación, indica que se le brindó a la promotora de la acción, información verbal sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes pensionales. Dicha información fue suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar esa decisión. Luego de ello, la actora decidió de manera libre y espontánea afiliarse al RAIS.

2.3.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección

---

<sup>2</sup> Archivo 01 – PDF - Páginas 27 a 31 y 139 a 150.

<sup>3</sup> Archivo 01 – PDF - Páginas 26 y 136.

<sup>4</sup> Archivo 01 – PDF - Páginas 133 a 134 y 137 a 138.

<sup>5</sup> Archivo 01 – PDF - Página 151.

<sup>6</sup> Archivo 01 – PDF - Páginas 26 y 136.

<sup>7</sup> Archivo 01 – PDF - Página 151.

del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que, la afiliación de la actora se mantuvo por varios años en el RAIS, como tampoco que le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Lo mismo acontece con la inconformidad respecto a que no es suficiente para la declaratoria de ineficacia la sola diferencia de la mesada pensional en ambos regímenes. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Asimismo, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente, concerniente a que, el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la promotora de la acción.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. 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

actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

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

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo gastos de administración, bonos pensionales, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

3.2.2. En cuanto a los gastos de administración, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si

Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

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

3.2.4. Respecto a las sumas adicionales de la aseguradora, debe entenderse como todas aquellas otras sumas existentes en la cuenta del afiliado por cualquier concepto.

#### **4. Respuesta al tercer problema jurídico.**

La respuesta a este interrogante es negativa. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. 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.

#### **5. 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 en favor de la actora.

### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

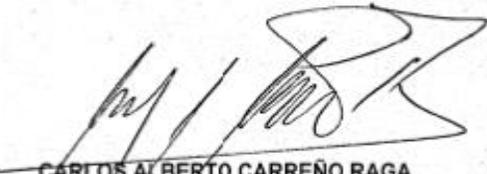
**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia objeto de apelación y consulta.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la apelante Porvenir S.A., y en favor de la 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  
el Tribunal Judicial  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

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

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