

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>EDILIA QUINTERO MARTINEZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-010-2018-00591-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

**SENTENCIA No.164**

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 008 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por las DEMANDADAS y el grado jurisdiccional de consulta en favor COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 317 del 27 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 4 a 8, así como en las contestaciones militantes de folios 60 a 66 (COLPENSIONES); la proveniente de PORVENIR a folios 119 a 139 y la de PROTECCIÓN a folios 186 a 217, piezas procesales contenidas en el archivo 01 ED.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 143 del 27 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones propuestas por las accionadas, y como consecuencia, la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y los posteriores traslados entre AFP.

Seguidamente, condenó a PROTECCIÓN y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje al fondo de garantía mínima, frutos e intereses que hubiere recibido producto de las cotizaciones y gastos de administración debidamente indexados.

A la par, le ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN y PORVENIR.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas fijando como agencias en derecho para PROTECCIÓN y PORVENIR la suma de \$1.000.000 pesos para cada y a cargo de COLPENSIONES la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión indicando que, la postura que ha defendido la jurisprudencia especializada laboral es que a los fondos de pensiones desde su creación se les impuso la obligación de suministrar información amplia, completa y suficiente a los posibles afiliados sobre lo que implica trasladarse de régimen, las ventajas, desventajas y características de ambos regímenes pensionales, así como las consecuencias desfavorables que puede acarrear la afiliación en su futuro pensional.

Conjuntamente, precisó que para considerar que la selección del régimen es libre y voluntaria se necesita el consentimiento, y que este solo se da si esta precedido de información. Así mismo expresó que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha adoctrinado que en los procesos de ineficacia la carga de la prueba recae en las AFP.

En igual sentido, señaló que con las pruebas obrantes en el proceso no se lograba comprobar que para la fecha del traslado de la demandante al RAIS, se le hubiere proporcionado una información clara, detallada, transparente y completa sobre el funcionamiento del RPMPD y RAIS; indicó que, aunque al plenario se allegó formulario de afiliación con una leyenda pre impresa, esa documental resultaba insuficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP.

Resaltó que como al proceso no se arrimó prueba encaminada a demostrar que al momento de la afiliación se le explicó al usuario sobre los pro y contra de la afiliación, la forma de calcular la pensión de vejez en el RAIS y las circunstancias propias del régimen se debía ordenar la ineficacia de traslado con las consecuencias que ello conlleva.

Respecto a la excepción de prescripción refirió que, la acción que persigue la ineficacia de la afiliación es imprescriptible, por cuanto se trata de una pretensión declarativa y los estados jurídicos no prescriben, además de estar ligada a un derecho irrenunciable como lo es la pensión.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en primera instancia, argumentando que su representada es un tercero de buena fe que actuó en completa consonancia con lo reseñado en las normas vigentes para la época de la afiliación, y puso de presente que aunque su representada no fue la AFP que realizó el traslado primigenio, su actuar está revestido de legalidad, habida cuenta que no coaccionó a la actora para firmar el formulario de afiliación y se le informó sobre los beneficios que podía obtener en el RAIS.

Igualmente, expresó que los usuarios del SSSP al igual que las AFP tienen la obligación de guardar la misma diligencia y cuidado en cualquier acto jurídico que celebren, que en razón de ello resulta cuestionable que solo sea las AFP a quienes se les endilga la responsabilidad de informar los pormenores del régimen pensional.

En cuanto a las condenas impuestas precisó que, las mismas son improcedentes, dado que la AFP no vulneró, ni afectó derechos de la afiliada, debido a que siempre obró conforme a lo señalado en la ley, de allí que no resulte lógico que se ordene devolver la comisión de gastos de administración, afectando con ello su patrimonio, en la medida que esta condena desconoce la figura de la restituciones mutuas del artículo 1746 del CC y desconoce que

Porvenir por el solo hecho de haber administrado las cotizaciones de la demandante y generar rendimientos financieros tiene derecho a una compensación.

En esa misma línea, indicó que la devolución de los gastos de administración genera un desequilibrio financiero para PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, en vista que ese descuento está debidamente autorizado por la ley, y estos rubros deben ser considerados como expensas necesarias, dado que su función es aumentar el valor adquisitivo de las sumas consignadas y sufragar los costos y las actuaciones que realizó la AFP para mantener esos recursos.

Finalmente, en lo relacionado con la devolución de las sumas adicionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, advirtió que dichos descuentos hacen parte del 3% que ordena descontar el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y no se encuentran en las arcas de PORVENIR, habida cuenta que ya cumplieron con su finalidad que es asegurar al afiliado frente a una posible contingencia de invalidez y muerte y solo se hace efectivo cuando ocurre el siniestro. Así mismo, señaló que la devolución del bono pensional no puede darse ante COLPENSIONES, sino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público entidad que lo emitió.

En lo atinente a los rendimientos financieros aseguró que no hay lugar a devolver estos valores, ya que estos se generaron con ocasión a la buena gestión que realizó la AFP, y si la consecuencia de la ineficacia es la ficción que el negocio jurídico nunca existió, por ende, se debe entender que esos rendimientos no se produjeron.

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión tomada por el *A quo*, solicitando se revoque en su integridad la sentencia dictada, por cuanto considera que no es procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación ni la devolución de los emolumentos allí estipulados, en atención a que la AFP actuó de manera transparente y prudente, explicándole a la afiliada las características propias de ambos regímenes pensionales antes de efectuar el traslado de régimen; y resaltó que no resulta lógico que luego de 22 años de materializado el negocio jurídico, pretenda la actora que a su representada se le adjudique algún tipo de responsabilidad derivada de una decisión que fue libre y autónoma, dado que nunca se le obligó a trasladarse de régimen y se le informó del derecho al retracto que le asistía, sin que en algún momento hiciera uso de ese mecanismo, por el contrario, ratificó su deseo de permanecer en el RAIS efectuando traslado a otra AFP.

Aseveró que cuando la hoy demandante **QUINTERO MARTÍNEZ** realizó movilidad entre AFP, la totalidad de los dineros que se encontraban en su cuenta de ahorro individual fueron trasladados al nuevo fondo de pensiones.

Paralelamente, indicó que no hay lugar a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, teniendo en cuenta que los fondos de pensiones están autorizados para realizar esos descuentos y dentro de las reglas que consagra la legislación para hacer efectivos los seguros no se encuentra la declaratoria de ineficacia de afiliación, sumado a ello recalcó que los dineros que financian las pensiones de sobreviviente e invalidez nada tienen que ver con la pensión de vejez finalidad que persigue la presente acción, por lo tanto no hay lugar a reintegrar esas sumas.

Frente a la devolución de gastos de administración y demás derivados, refirió que no hay lugar a ello, porque además de estar autorizados en la ley son una contraprestación por la buena administración que realizó su representada en los dineros depositados por la afiliada, gestión que se ve reflejada en la generación de rendimientos financieros.

En igual sentido, anotó que el porcentaje de garantía de pensión mínima no ingresa al patrimonio de la AFP y por esa razón no resulta ajustado a derecho retornar estas sumas de dinero.

Por último, anunció que al confirmarse la declaratoria de ineficacia las únicas sumas que se deben devolver son las cotizaciones, en tanto que los rendimientos financieros se generaron por la administración de la AFP y si la consecuencia jurídica de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe entender que dichos emolumentos no se generaron, pero que en virtud de las restituciones mutuas no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos.

Por otra parte, destacó que la condena a devolver indexados los dineros recibidos no procede, toda vez que la característica propia del RAIS son los rendimientos financieros y tienen como finalidad mantener el poder adquisitivo en los aportes consignados, circunstancia que va en contravía de la orden de indexar sumas de dineros.

Respecto a la condena en costas, solicitó que se absuelva a su representada, porque pese a que resultó vencida en juicio. la decisión obedece a una construcción jurisprudencial sentada desde el año 2015, fecha posterior a la afiliación de la demandante, desconociendo que PROTECCIÓN cumplió con las disposiciones que se encontraban en vigor para la data del traslado.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, pidiendo se absuelva a su representada de la condena en costas, tomando en consideración que la demandante no manifestó culpa alguna en contra de su representada, en vista de que esta entidad no participó en la falta de información en la que incurrió la accionante al momento de realizar la afiliación, y aunado a ello no tiene la potestad para declarar la ineficacia de traslado.

En lo no apelado se asume conocimiento en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 11 de mayo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado en términos los mismos los apoderados de la parte DEMANDANTE, PORVENIR S.A y COLPENSIONES, los cuales pueden ser consultados en los archivos 04 a 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver gravita en punto a examinar si se demostró en el plenario que PORVENIR y PROTECCIÓN cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que estando afiliada al ISS, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **DAVIVIR** hoy PROTECCIÓN el 13 de marzo de 1997 (f. 9 y Archivo 01 ED).
- (i) Que posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR el 01 de marzo de 2004 (f. 11 y 128 Archivo 01), fondo actual en el que tiene cotizadas un total de 1030 semanas (f. 165 a 177 Archivo 01 ED).
- (ii) Que radicó solicitud de afiliación ante COLPENSIONES, petición que fue denegada el 11 de octubre de 2018, tras argumentar que el traslado se realizó haciendo uso del derecho a la libre escogencia del régimen y que por su edad ya no le es permitido efectuar movilidad entre regímenes pensionales (f.28 a 30 Archivo 01 ED)

## DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir

entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se deriva también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019),.

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no

establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN y PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones

periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, **todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por la apoderada de dicha entidad.**

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo de sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos, contrario a lo señalado por la mandataria de la AFP, debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, se reitera, todos estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a que, como lo señaló el apoderado de esta AFP, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero)

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para la actora.

En cuanto a la objeción del apoderado judicial de **PROTECCIÓN** en lo que respecta a devolver las sumas indexadas se ha de precisar que dicha condena se encuentra acorde con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la SL 4609 de 2021, toda vez que en el proveído en comento se establece que las sumas provenientes de la declaratoria de ineficacia de la afiliación deberán retornar al RPMPD debidamente indexadas.

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos en la contienda, en consecuencia, al resultar vencidas en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta Litis.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, 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: CONFIRMAR** la Sentencia No. 317 del 27 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de estas.

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

*SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA  
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012*

Firma digitalizada para  
actos judiciales



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Vale  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

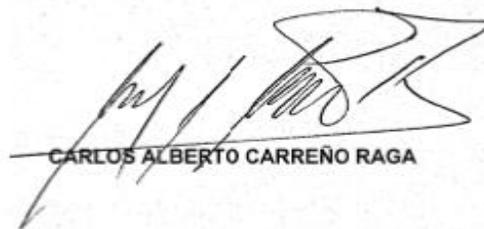


**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVA VOTO POR LA CONSULTA**

## 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

Firmado Por:

**Maria Nancy Garcia Garcia**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 010 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f3173d52282fc180df5ac4667863b13ee0c6b3cd5b16c43418ee1c58653206ab**

Documento generado en 29/06/2022 03:03:11 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**