

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL**



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

**DEMANDANTE:** GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ  
**DEMANDADOS:** COLPENSIONES Y OTRO  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-001-2023-00410-01  
**ASUNTO:** Apelación y Consulta sentencia de octubre 31 de 2023  
**ORIGEN:** Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali  
**TEMA:** Ineficacia de traslado de régimen pensional  
**DECISIÓN:** Adiciona

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES frente a la Sentencia No. 181 del 31 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-001-2023-00410-01**.

**SENTENCIA No. 272**

**DEMANDA**<sup>1</sup>. La promotora de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 4 de septiembre de 1995 a PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se ordene su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al ISS hoy COLPENSIONES para el cubrimiento de los riesgos de

<sup>1</sup> Fs. 2-13 Archivo 01 Expediente Digital

vejez, invalidez y muerte; se condene a PROTECCIÓN S.A al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros durante todo el tiempo que ha estado cotizando al RAIS; se condene a COLPENSIONES a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al RPMPD sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle PROTECCIÓN S.A. y; se condene a las demandadas en costas procesales. Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, con las mismas consecuencias jurídicas de la nulidad elevada como pretensión principal.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de mayo de 1965 e inició sus cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 11 de agosto de 1994; que el 4 de septiembre de 1995, suscribió el formulario de traslado y/o afiliación con PORVENIR S.A, en atención a la oferta presentada por dicho fondo en la que recibió la asesoría por parte de uno de sus ejecutivos del fondo privado, la cual se enfocó solo a resaltar algunas ventajas del régimen privado, sin que se le realizara un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería afiliarse a este régimen para ella y su núcleo familiar, como tampoco le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias, las modalidades de pensión, figuras propias del Régimen de Ahorro Individual que impactan notablemente la mesada pensional por las características que estas conllevan, ni tampoco se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación o traslado, por lo que la AFP no cumplió con su deber de información y buen consejo, pues al momento de efectuar la afiliación no le suministró una información clara, suficiente y veraz respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría su vinculación, que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía tal traslado; que el 1 de octubre de 2008 se efectuó traslado a PROTECCIÓN S.A. suscribiendo el formulario de afiliación, basada en la asesoría brindada por uno de sus asesores al comparar la rentabilidad con las otras administradoras de fondos de pensiones; que contrató los servicios de una firma especializada que le indicó que en el RPMPD su mesada pensional sería de \$2.216.528, mientras que en el RAIS no accedería a la pensión de vejez,

por lo que solicitó a COLPENSIONES que declarara la nulidad de su traslado de régimen, pero recibió respuesta negativa.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**PORVENIR S.A.**<sup>2</sup>. La administradora no se opuso a las pretensiones de la demanda, pero argumentó que lo dicho por la parte actora son apreciaciones subjetivas e infundadas, pues la AFP a través de sus asesores, los cuales están debidamente capacitados, informaron las condiciones y los requisitos para acceder a una pensión teniendo en cuenta unas variables, tales como 1. La edad del pensionado y su grupo familiar, determinando la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de pensión. 2. El capital acumulado a la fecha de cálculo. 3. La tasa de rentabilidad esperada del Fondo Especial de Retiro Programado a largo plazo. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir - inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas, innominada.

**COLPENSIONES.**<sup>3</sup> La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado de la demandante a la fecha goza de plena validez y además de ello, pues éste es una potestad única y exclusiva de la afiliada, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, razón por la cual la administradora no está en la obligación de realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación.

**PROTECCIÓN S.A.**<sup>4</sup>. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, expuso que el traslado de régimen cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la AFP se realiza con total profesionalismo y ética, ya que todos los asesores sin

---

<sup>2</sup> Fs. 2-14 Archivo 10 Expediente Digital

<sup>3</sup> Fs. 4-16 Archivo 08 Expediente Digital

<sup>4</sup> Fs. 2-19 Archivo 11 Expediente Digital

excepción contaban con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo, por lo que sí contaban con una capacitación sobre qué tener en cuenta para cada cliente al momento de hablar con ellos, conocer su estado actual laboral, familiar y de ingresos, haciéndole conocer sus riesgos en el evento que existieran, y así poderlo orientar con el fin de que cada uno tomara su propia decisión de afiliarse o no. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez del traslado de la actora al RAIS; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; compensación y pago; buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección s.a.; innominada.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 181 del 31 de octubre de 2023, resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por las demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, realizado por la señora **GLORIA NANCY HIGUERA GALVEZ**. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, 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; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados.

**CUARTO: ORDENAR** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver al sistema el

*porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados.*

**QUINTO: ORDENAR A COLPENSIONES**, a que admita nuevamente a la señora **GLORIA NANCY HIGUERA GALVEZ**, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

**SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** en costas, se fijan como agencias en derecho la suma de **\$1.000.000,00** a cargo de cada una y en favor de la demandante.”

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples oportunidades en cuanto que los fondos de pensiones desde su creación tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información libre y transparente que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones del mercado, lo que implica demostrar que informó sobre las características y diferencias de cada uno de los regímenes existentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, siendo esa carga probatoria de las demandadas, pero como ello no había sido acreditado, se abrió paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio, bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó de régimen.

### **IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM**

**PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe tener en cuenta el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 (SIC) que establece que el 3 % de la cotizaciones al sistema de pensiones se destinará a los gastos de administración, por lo que ordenar que ese rubro sea remitido a COLPENSIONES resulta inequitativo con la AFP, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos generados en ese espacio de tiempo., pues la ineficacia es retrotraer todo efecto jurídico, de ahí que la demandante debe regresar a COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado de régimen. Agregó, que las restituciones mutuas tienen por objeto evitar un enriquecimiento sin causa, es decir, precaver que

alguien de aproveche de algo elaborado por otro sujeto. Además, que resulta improcedente que se ordene la indexación de esos gastos, ya que la AFP actuó bajo los postulados legales y las sumas a trasladar no perdieron su poder adquisitivo, pues lograron incrementar la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados, aunado a que se encuentran prescritos y, por tanto, no es procedente su devolución. Por último, indica que no debió ser condenada en costas debido a que no se opuso al traslado solicitado en la demanda.

### **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. PORVENIR S.A. reiteró los argumentos del recurso de apelación. La parte demandante los de su demanda. COLPENSIONES los de su contestación de la demanda. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración debidamente indexados al RPMDP y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que la señora GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 11 de agosto de 1994 (fs. 9-10 Archivo 09 ED); **ii)** Que suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A., el 4 de septiembre de 1995 (f. 30 Archivo 10 ED); **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de octubre de 1995 (f. 34 Archivo 10 ED) y **iv)** Que suscribió formulario de vinculación con PROTECCIÓN S.A., el 1 de octubre de 2008, siendo esa la AFP en la que se encuentra actualmente vinculada (f. 20 Archivo 11 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* (Subraya la Sala). Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de

demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, 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 al afiliado, 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 (...)*” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien la demandante suscribió el formulario de vinculación con PORVENIR S.A., no por ello ha de deducirse que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que la promotora de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría

e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ, pues ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia de dicho acto y la orden a PROTECCIÓN S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, como también la orden, junto con PORVENIR S.A., de retornar los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados, por el tiempo de afiliación de la actora en cada AFP.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

*“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, 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.*

*“Como la nulidad fue 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”*

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente a la demandante, ilustrándola 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; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que las AFP no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de esas entidades privadas, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

No obstante, la a quo omitió referirse a la obligación de las AFP del RAIS de retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados a COLPENSIONES, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y además, en valores que

deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una de esas AFP (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, nada tiene que ver con que el ahorro pensional de la promotora de la acción haya generado unos rendimientos, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados, por lo que no le asiste razón en sus argumentos al recurrente.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos

constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala

en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A. y que se estudia en consulta en favor de COLPENSIONES, encuentra esta Sala correcta la decisión de la *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del CGP que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron todas las demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA 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:**

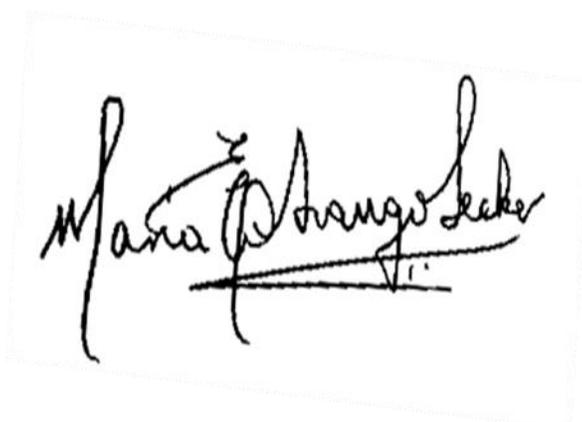
**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia No. 181 del 31 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la señora **GLORIA NANCY HIGUERA GÁLVEZ** estuvo afiliada a cada una de esas AFP. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', is enclosed in a light gray rectangular box. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath.

**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

Salvo voto frente a las costas a COLPENSIONES en primera instancia.



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL  
RAD. 76001-31-05-0001-2023-00410-01 -01**

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado (a) a el (los) fondo (s) privado (s). Realmente, a COLPENSIONES se le impone recibir a esas personas de nuevo en el RPMD, por tanto, ni siquiera ha sido estrictamente vencida en juicio, al declararse la INEFICACIA de la afiliación al RAIS se retrotraen las cosas a su

estado anterior, y ello tiene la consecuencia de devolver esos afiliados al RPM, es más una imposición que una condena.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen a la parte hoy demandante, no podía retenerlo (a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**". (Resaltado ex texto original).*

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta, podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarle contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, reading "María Isabel Arango Secker". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**  
**Magistrada**