

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>BETTY LÓPEZ ZULUAGA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-007-2021-00498-01</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.207**

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 247 del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **DANNA ARBOLEDA AGUIRRE** identificada con T.P. No. 347.700 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**

**ANTECEDENTES**

La señora **BETTY LÓPEZ ZULUAGA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se ordene que tanto **COLFONDOS S.A.** como **PORVENIR** devuelvan todos los valores recibidos con ocasión de su traslado. **3)** Así mismo, petitionó que, seguido de lo anterior, **COLPENSIONES** proceda a afiliarla al RPMPD.

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 5 a 14 Archivo 03 ED, así como en las contestaciones a la demanda militantes a folios 2 a 11 Archivo 08 ED (Colpensiones), folios 2 a 22 Archivo 09 ED (Porvenir), y folios 2 a 18 Archivo 10 ED (Colfondos).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 247 del 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante, en primer lugar, a **COLFONDOS S.A.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.**, como si nunca hubiese ocurrido el traslado, habiendo permanecido siempre en el RPMPD.

En consecuencia, ordenó a dichas entidades devolver a **COLPENSIONES** “(...) todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. (...)”. Finalmente, condenó en costas a las demandadas

Fundamentó su decisión en que, de acuerdo con lo señalado en la Jurisprudencia Especializada Laboral, las AFP del RAIS tienen la obligación de brindar a las personas una información clara, completa y comprensible al momento del traslado desde el RPMPD, indicando no solo los beneficios, sino también las desventajas de trasladarse. En ese sentido, expresó que el precedente jurisprudencial también ha dejado claro que la carga de demostrar la información otorgada al usuario atañe a los fondos, por cuanto su responsabilidad es profesional conforme los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, y en ese caso, la suscripción del formulario a las administradoras del RAIS demandadas no da cuenta de un nivel de información, o la existencia de un consentimiento informado en los términos del Decreto 693 de 1993.

Bajo tal panorama, consideró que en el asunto estudiado no hay prueba de que las AFP accionadas le hubiesen informado las ventajas y desventajas del RAIS, en comparación con el fondo público alterno administrado por COLPENSIONES, como tampoco haberle indicado las exigencias requeridas para pensionarse, la distribución de los aportes, la rentabilidad, la posibilidad de retractarse o asesorías posteriores, sumado a que toda la información brindada fue sobre los fondos privados, circunstancias de las que puede deducirse que el traslado no cumplió con el deber de información debida y transparente. Indicó que la misma jurisprudencia ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que se hagan entre fondos del mismo régimen de ahorro (SL1004-2021). Así las cosas, concluyó que conforme lo establecido en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, era procedente dejar sin efectos el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS.

## RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, en síntesis, que la demandante no cumple con lo establecido en el Literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por cuanto en la actualidad cuenta con la edad 66 años, no siendo dable disponer la ineficacia del traslado, más aún cuando ya cuenta con la edad mínima de pensión, tiene más de 1500 semanas y el capital suficiente para pensionarse en el RAIS. Así mismo, expuso que recibirla como afiliada afectaría directamente el sistema, como quiera que esta demandada nunca administró los aportes de la accionante, haciendo énfasis en que la decisión contraría lo establecido por la misma Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en Sentencia SL373-2021, al acreditar la actora el estatus de pensionada, pese a no encontrarse percibiendo la prestación de vejez. Por último, petitionó la absolución de la condena en costas, dada la falta de competencia que tenía para dirimir la solicitud de la accionante, cuestión que recaía sobre las demás entidades.

De otro lado, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** apuntó que el Juez no tuvo en cuenta el traslado que hizo esta AFP de los recursos de la demandante hacia **PORVENIR S.A.**, por lo que su cuenta está inactiva, no siendo dable que proceda a remitir valores ya devueltos, y mucho menos bonos pensionales que no recibió. Frente a los gastos de administración, adujo que el cobro de la comisión es de consagración legal, precisamente en el Literal B del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, y que obedece a un mandato de la Superintendencia Financiera. Luego, afirmó que, si la consecuencia de la ineficacia en estricto sentido es entender que la afiliación nunca se dio, por ende, la entidad nunca debió administrar los recursos de la demandante, no causó rendimientos, y tampoco debió cobrarse una cuota de administración por este manejo. Seguidamente, insistió en que, de ordenarse a devolver lo ya remitido por esta demandada, sumado a los citados gastos, constituiría un enriquecimiento sin causa, en tanto **COLPENSIONES** recibiría rendimientos sin reconocer recurso alguno por la gestión realizada, vulnerando su derecho a la igualdad.

A su turno, el apoderado de **PORVENIR S.A.** señaló que desde el momento de la afiliación de la demandante, esta entidad cumplió con su obligación en materia de información, atendiendo los parámetros legales de la época, a partir de lo cual aseguró que de parte de la AFP se brindó una información suficiente y veraz a la accionante, actuación de la que no era necesario dejar constancia escrita, pues al tenor del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, bastaba con la suscripción del formulario de afiliación. En ese sentido, precisó que al exigirse formalidades que no estaban vigentes a la fecha del traslado, se somete a la administradora a un imposible jurídico, máxime que esta no tuvo injerencia en el traslado de régimen de aquella.

Añadió que el deber de información no es unilateral, al paso que la demandante también debió solicitar datos relacionados con su situación pensional, por cuanto era una persona con plena capacidad. Igualmente, expuso que, en cuanto a la orden relativa a devolver los rendimientos, al generarse la ficción atinente a que nunca existió traslado, no surgió para la AFP la obligación de administrar los recursos de la afiliada, y tampoco hubo generación de rendimientos, causados por la administración del fondo. Así mismo, frente a los gastos de administración, indicó que estos son emolumentos de orden legal para ambos regímenes pensionales, y con ellos se retribuye la gestión de la administradora, los cuales, de tener que trasladarlos, constituiría un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES**, ente que no administró los recursos de la actora, aunado a que **PORVENIR** cumplió con el deber legal de descontarlo, siempre actuando de buena fe.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y parte demandante, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 07 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 establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado o afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las demás administradoras demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones ente los años 1990 y 1999, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 16 de marzo de 1999 (f. 63 Archivo 09 ED y f. 2 a 7 Archivo 12 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la señora **BETTY LÓPEZ ZULUAGA** se trasladó el 25 de febrero del 2002 a **BBVA HORIZONTE**, y posteriormente, el 1 de agosto de 2005 a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que encuentra afiliada en la actualidad (f. 49 a 51 Archivo 09 ED).
- (iii) Que el 1 de octubre 2020 la accionante suscribió formulario de afiliación **COLPENSIONES**, trámite negado por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 8 y 25 Archivo 12 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° 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 al 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 desprende 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, entre estos, el certificado de Siafp de Asofondos que muestra la afiliación de la demandante a **COLFONDOS S.A.**, y los formularios de afiliación a **HORIZONTE** y **PORVENIR S.A.** (f. 63 Archivo 09 ED y f. 50 a 51 Archivo 09 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD 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 la afiliada 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, como lo insinúan la apoderada de **PORVENIR**, 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.

Resáltese que, 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 representaba 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 como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

En igual sentido, 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 de los entes administradores del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una 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 para el afiliado.

Valga anotar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada 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 mucho menos con la 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 la 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.

De otro lado, ante lo argüido por el mandatario de **COLPENSIONES** en el sentido que al tener cumplidas las exigencias para pensionarse en el RAIS, la afiliada tiene una situación consolidada al tenor de la Sentencia SL373-2021, intelección errada por demás, es necesario anotar que el norte hacia donde apunta el sentido de la jurisprudencia en comento es para aquellos quienes tienen una situación consolidada, entiéndase esta, como el cumplimiento de las exigencias estipuladas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para obtener la pensión en el RAIS (ahorrar el capital equivalente al 110% del SMLMV), y que además hubieren seleccionado efectivamente la respectiva modalidad pensional a regir su derecho (renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia), consideraciones efectuadas por el Alto Tribunal en Sentencia **SL1309-2021 del 24 de febrero de 2021**, circunstancias que en el particular no se avizoran, ya que, incluso, echa de

menos el proceso medio de prueba que por lo menos haga un estimativo del monto que debería ahorrar la demandante para arribar al porcentaje requerido.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° 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 a 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 **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la 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 el apoderado de dicha entidad.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de las apelaciones, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 las AFP **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con cargo de su patrimonio, 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 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, integrados allí 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, 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.** y **COLFONDOS S.A.**, pues pese a lo señalado por los apoderados de estas AFP, si bien 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 **COLFONDOS** 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 de 2020).

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 **COLPENSIONES** y la actora.

Frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de **COLFONDOS S.A.** respecto a la devolución de sumas ya trasladadas a **PORVENIR S.A.**, como, por ejemplo, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, y recursos obrantes en sus cuentas en favor de la demandante, es pertinente poner de relieve que esta orden no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos derivados de la afiliación del accionante; entendiéndose que los relativos a la cuenta de ahorro individual del accionante, ante el cambio de AFP fueron remitidos a la entidad receptora del afiliado, por lo que se entiende a este respecto que la condena no se dirige a estos efectos, ni a los bonos pensionales, de no haberse causado éstos, sino a los relativos a gastos de administración y demás rubros como el porcentaje destinado a las primas de seguro previsional y el fondo de garantía pensional, los que pese a no estar en su haber, deben ambas AFP, restituirlos debidamente indexados y con cargo a los recursos propios, por el efecto que deriva de la ineficacia, y la necesidad de retornar la totalidad de los recursos al RPMPD donde siempre debieron permanecer.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de dicha entidad.

Es por lo anterior que se confirmará la Sentencia de primera instancia. Como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, se les impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las citadas.

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. 247 del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, 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  
act. judicial



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



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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>BETTY LÓPEZ ZULUAGA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-007-2021-00498-01</b>

**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: **2bbd9cb00009f9356901eb189c6bad9284c30bf43fb2c3e88cc2e5b5bfea7415**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:33 PM

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