

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	HERNÁN ARTURO COBO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2021-00474-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.224

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 **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 450 del 16 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **SANDRA MILENA PARRA BERNAL** identificada con T.P. No. 200.423 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **HERNÁN ARTURO COBO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1) Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. 2) En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES afiliarlo en el RPMPD. 3) Solicitó condenar en costas a las demandadas.**

Mediante Auto No. 3221 del 11 de noviembre de 2021 el Juzgado de primera instancia dispuso vincular como Litisconsorcio de la parte demandada a la **AFP COLFONDOS S.A.** (f. 1 a 3 Archivo 13 ED).

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 3 a 7 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 8 a 20 Archivo 07 ED (Colpensiones), 2 a 24 Archivo 09 ED (Porvenir), y 2 a 19 Archivo 14 ED (Colfondos).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 450 del 16 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** efectuar la devolución a **COLPENSIONES** de todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación del demandante como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros y reaseguro. Seguidamente, le impuso a **COLFONDOS S.A.** la obligación de devolver, de manera indexada y con cargo a su patrimonio, lo recibido por gastos de administración, porcentajes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro y reaseguro. Por último, dispuso que **COLPENSIONES** aceptara el traslado del actor sin solución de continuidad.

Como argumentos de su decisión, señaló el *A-quo* que conforme lo señalado en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, las AFP en su condición de entidades expertas en el ramo, deben informar y asesorar a los afiliados de manera comprensible sobre las implicaciones de la elección de uno u otro régimen, para entender que el traslado obedece a una decisión libre, consciente e informada, obligación existente desde la misma creación de estos fondos, conforme lo ha adoctrinado la Jurisprudencia Especializada Laboral, desde donde se ha erigido que el deber de información es una obligación legal de las administradoras y un derecho de los afiliados, en virtud del cual debe dárseles a conocer los beneficios y los inconvenientes del traslado, llegando al punto de desanimar a la persona de tomar una decisión perjudicial a sus intereses. Así mismo, indicó que tal deber no se acredita con el formulario suscrito, por cuanto es necesario que la AFP demuestre efectivamente haber otorgado una información clara y veraz, carga que le corresponde; y que de llegar a ser incumplida, tiene como consecuencia la ineficacia de la afiliación según lo establecido en la misma legislación (Art. 271 Ley 100 de 1993), careciendo dicho acto de cualquier efecto jurídico, circunstancia que se estudia desde el régimen de las ineficacias, la cual opera por ministerio de la Ley, y no es susceptible de prescribir (SL1688-2019).

Con base en lo anterior, consideró que en el presente asunto ni siquiera sumariamente se logró demostrar el cumplimiento del deber de información en su sentido amplio, deber que recaía sobre el extremo pasivo en aras de probar que suministró una información clara, expresa y completa, concerniente a las implicaciones del traslado, lo cual permite inferir que no existió ese acompañamiento integral al demandante, dando lugar a la ineficacia del acto del traslado,

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** mostró su desacuerdo en contra de la condena en costas, alegando que esta entidad no participó en el acto declarado nulo o ineficaz, derivado de la conducta de un tercero ajeno a la administradora del régimen de prima media, y si bien contestó de forma negativa el traslado pretendido en la demanda, lo hizo apegada al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al saber que el accionante estaba inmerso en la prohibición de tiempo para el traslado. Así mismo, expresó que, pese a que esta administradora de pensiones es llamada a juicio para recibir los dineros del traslado, no es responsable de los actos generadores de la acción.

Por su parte, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** apuntó principalmente en contra de la orden tendiente a devolver los gastos de administración, pues considera que estos corresponden a aquel rubro cobrado por las AFP para administrar los aportes que ingresan por cuenta de cada afiliado, a quienes se les descuenta el 3% para sufragar esta comisión, y así mismo cancelar la prima a las compañías de seguro, actuación autorizada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, aseguró que, en esta clase de asuntos, únicamente procede devolver los dineros depositados más los rendimientos financieros, pero no lo descontado por tales gastos, al tratarse de un rubro ya causado, utilizado conforme a la ley, y recibido como contraprestación a la buena administración de los recursos del demandante, aunado a que todos los dineros del demandante ya fueron trasladados a **PORVENIR**, entidad en la que se encuentra afiliado el actor en la

actualidad. Añadió que, conforme al artículo 7° de la Ley 797 de 2003, dentro de la comisión de administración se destina un porcentaje para las primas de seguro previsional y FOGAFIN, con lo cual demuestra que una fracción del aporte fue destinada a remunerar los servicios de otros agentes económicos.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación alegando que al momento del traslado del actor, la entidad siempre actuó de buena fe en este acto jurídico, aludiendo que al declararse la ineficacia del traslado, se aplica de manera retroactiva Jurisprudencia y normativas posteriores a la época de suscripción de los formularios de afiliación por parte del demandante, vulnerando los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, como quiera que el citado se afilió a esta entidad en el año 1996, y después de un traslado horizontal en el RAIS, regresó, resaltando que, en ambos casos, la firma de los formularios se dio en estricto cumplimiento del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, condición ratificada con su permanencia por más de 20 años, a lo que añade que los traslados entre AFP suponen cierto conocimiento de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, erigiéndose esto como aquellos actos de relacionamiento de aquella intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, pese a tener la posibilidad de volver al RPMPD.

Expuso que la normativa aplicable durante el traslado era el Decreto 3466 de 1982, en donde la información era veraz y suficiente, la cual, pese a otorgarse de manera verbal, no por ello era menos informativa, sumado a que la parte demandante no demostró la existencia de un vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo.

Luego, expuso que, ante la ineficacia declarada, era viable oponerse a la orden relativa a trasladar los gastos de administración, como quiera que la entidad efectuó la gestión debida de los aportes del afiliado, junto al cumplimiento cabal de sus obligaciones, generando una rentabilidad, y en esa medida, dicha actividad se queda sin la debida compensación, razón por la que resulta imposible retrotraer esos efectos generados por virtud de las labores desarrolladas por la AFP, encontrándose estos gastos debidamente consolidados, los cuales, reiteró, son autorizados desde el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, expresó que ordenar la devolución de los gastos y los rendimientos generan un detrimento económico sobre quien simplemente actuó conforme la ley, y un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de **COLPENSIONES**, quien nunca administró los recursos del afiliado.

En consonancia con ello, dijo que los gastos deben ser considerados como expensas necesarias, conforme la terminología del ámbito de las restituciones mutuas (Art. 965 código civil), destinados a conservar los recursos de los afiliados, específicamente a financiar la administración de estos, teniendo como objetivo la garantía de la pensión y la prestación de un correcto servicio.

Por último, hizo referencia a que tampoco es procedente devolver lo invertido en las primas de seguro previsional, como quiera que, durante la afiliación de aquel, tuvo aseguradas las contingencias de invalidez y muerte, aunado a que estas sumas no reposan en la entidad, sino en aquel tercero de buena fe como son las aseguradoras con quien se contrató la cobertura de tales contingencias, destinación que se encuentra agotada, tal como ocurre con el porcentaje del fondo de garantía mínima. Por último, cuestionó la orden de devolver las sumas adicionales de la aseguradora, como quiera que esta opera cuando ocurre el siniestro y se hace efectivo el seguro por sobrevivencia o invalidez, modalidad contractual que no opera en el RPMPD. Por último, adujo en materia de rendimientos, generados gracias a la gestión de su representada, al entender que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas al estado anterior al traslado, no puede devolverse, y menos debidamente indexados, pues los aportes invertidos por la demandada generaron rentabilidad periódica, no siendo procedente la indexación ordenada en sentencia.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 225 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte DEMANDANTE y demandada COLPENSIONES, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 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 **PORVENIR S.A.** cumplió 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 que integran la parte demandada.

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 tales planteamientos, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1995 y 1996, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 18 de enero de 1996 (f. 64 Archivo 09 ED e historia laboral Archivo 08 ED).
- (ii) Que, durante su vinculación al RAIS, el 12 de agosto de 1999 el señor **HERNÁN ARTURO COBO** se trasladó con destino a **COLFONDOS**, y posteriormente, el 31 de julio del 2000, decidió regresar a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 32 Archivo 14 ED y f. 65 Archivo 09 ED).
- (iii) Que el 18 de enero del 2021 el accionante solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPMPD, petición despachada de manera negativa por esta entidad en oficio del 11 de marzo de la misma anualidad (f. 9 a 10 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el asunto *sub-judice* es necesario rememorar 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, en especial, el certificado Siafp de Asofondos y los formularios de afiliación suscritos por el actor a **PORVENIR S.A.** (f. 64 a 65 Archivo 09 ED y 32 Archivo 14 ED), 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 el 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 (…)” (Sentencia SL2817-2019).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado 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.

Aúnesé 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, la AFP mencionada está 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.

Valga anotar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorgan la razón a las AFP demandadas, 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 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).

Ahora, conforme lo señalado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, se precisa en relación con lo expuesto por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, que no se reliva la existencia de una línea de sentencias en la que se sostenga la tesis de los actos de relacionamiento dentro del RAIS para suponer cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, amén de proferirse en sala de descongestión, por lo que no se estima que comporte un cambio de posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema.

De hecho, resáltese que decisiones donde se estudiaba el desarrollo de tales actos, han sido objeto de estudio en sede de tutela, citándose a manera de ejemplo sentencias como la STP15228-2021 del 7 de septiembre de 2021 y STP17670-2021 del 9 de diciembre de 2021, en las que se ordenó a la Sala de Descongestión mencionada dejar sin efecto los pronunciamientos dictados en ese sentido, y resolver nuevamente el asunto partiendo de la postura asumida por la

Sala de Casación Laboral permanente sobre el tema estudiado, que, en efecto, dista de lo considerado en aquellas posiciones insulares.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con el 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 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 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, principalmente en el régimen público, lo 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 afiliado en la actualidad el demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por la apoderada de esa demandada en su recurso, 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 económico de tal entidad, quien deberá asumir más adelante el reconocimiento de las prestaciones que se causen en favor del actor.

Sobre este último tópico, 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 **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 allí, 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.

Destáquese en este punto que, en contravía de lo señalado por la mandataria de **PORVENIR S.A.**, al revisar la orden contenida en la sentencia, en parte alguna se extiende a la devolución indexada de los rendimientos, puesto que la actualización únicamente se impone sobre los gastos de administración, primas de seguro previsional, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Resulta relevante mencionar que, en contravía de lo señalado por la apoderada de **COLFONDOS**, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por ambas AFP demandadas, pues pese a que, 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 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, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, 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 deben 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).

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).

Sobre las restituciones mutuas, punto referido por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, cumple indicar que, 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 el actor.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues 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, extensible en este caso. En este sentido expuso su posición la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES**, considera la Sala que tampoco le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación de la Sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de ellas.

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. 450 del 16 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija 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

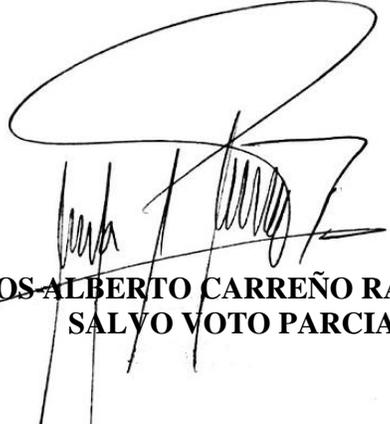
Los Magistrados,

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
*SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA*  
*Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012*

Firma digitalizada para  
actos judiciales



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



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
SALVO VOTO PARCIAL

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: **744bb4ae497c157c7f80bff913e1129826b8f7794269957ad67e114869ae19ee**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:48 PM

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