

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

|                   |                                      |
|-------------------|--------------------------------------|
| PROCESO           | ORDINARIO                            |
| DEMANDANTE        | ANA ADIELA ZAMORA VALLEN             |
| DEMANDADOS        | COLPENSIONES y PORVENIR S.A.         |
| PROCEDENCIA       | JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI |
| RADICADO          | 76001-31-05-012-2021-00525-01        |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN Y CONSULTA                 |
| TEMAS Y SUBTEMAS  | Ineficacia de Traslado de Régimen.   |
| DECISIÓN          | ADICIONA Y CONFIRMA                  |

SENTENCIA No.226

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 el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 009 del 25 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ANA ADIELA ZAMORA VALLEN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que, por virtud de lo anterior, se ordene su retorno sin solución de continuidad y restricciones administrativas al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**. **3)** En consecuencia, se imponga a **PORVENIR S.A.** la obligación de trasladar los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración. **4)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

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 y su subsanación visibles en el Archivos 02 y 07 ED, así como en las contestaciones de las demandadas de folios 2 a 22 Archivo 14 ED (Colpensiones), folios 2 a 29 Archivo 16 ED (PORVENIR S.A.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 009 del 25 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen

efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por la demandante, al igual que bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo en la cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, aportes voluntarios en caso de haberlos, comisiones, gastos de administración, prima de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Fundamentó su decisión en que, si bien con la suscripción del formulario de afiliación se aceptan las condiciones de determinado régimen pensional conforme lo define el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, dicha normatividad plasma de manera expresa que la vinculación del afiliado se haga de manera libre y voluntaria, aunado a lo decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia STP12082-2019, relativa a que el formulario no es prueba suficiente para extraer la existencia del consentimiento informado para entender la dinámica del régimen al que se estaba afiliando, sino que se debe demostrar por la AFP que en realidad se desplegó una actividad informativa completa, donde se expongan beneficios, condiciones y requisitos que debían cumplirse, siendo responsabilidad de las administradoras del régimen privado enseñar al usuario como funciona este régimen. Además, hizo alusión a las diferencias entre cada uno de los regímenes pensionales, y las condiciones para liquidar la pensión de los afiliados, supuestos donde se advierten aspectos adversos respecto de los intereses del afiliado, circunstancias que debieron haberse enrostrado, ya que si bien la falta de información no constituye un engaño, la AFP tiene que acreditar que esa información necesaria fue brindada, al ser la parte fuerte de la relación, obligación contenida en el Decreto 663 de 1993.

En ese orden de ideas, al no demostrarse que a la demandante le hubiesen entregado la información para conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, no puede entenderse que su decisión hubiere sido libre, dando paso a dejar sin efecto su afiliación al RAIS, circunstancia no susceptible de prescribir (SL2817-2019).

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación contra la Sentencia proferida manifestando que debe revocarse la decisión ya que el traslado de la demandante al RAIS se dio bajo los supuestos normativos vigentes para la época de su afiliación, razón por la cual y con fundamento en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 la única exigencia a efectos de materializarse la vinculación a la AFP era que la actora exteriorizara su voluntad a través de la suscripción del formulario tal como ocurrió, advirtiendo que al declararse la ineficacia de dicha afiliación es **COLPENSIONES** quien debe asumir las cargas de la prestación que a futuro le corresponda.

Luego, expuso que no se encuentran acreditados los supuestos de hecho que esboza el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no se expresan por la parte activa razones dolosas que conllevaran a su traslado de régimen pensional.

Así mismo indicó, que se pasa por alto la prohibición de traslado estipulada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que no es posible realizar el traslado de régimen pensional cuando falten menos de 10 años para obtener la gracia pensional por vejez, insistiendo que el traslado se realizó de manera consciente, llegando el punto de mantenerse afiliada por más de 20 años al RAIS, alegando, que la conclusión asumida afecta financieramente el sistema pensional y pone en riesgo a los demás afiliados, pues conforme lo señalado en Sentencias como C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, en tanto resultaría descapitalizado el régimen de prima media.

De otro lado, solicitó se adicionara los numerales tercero y cuarto del proveído, en el sentido de que se concreten los valores a devolver conforme lo expone el artículo 283 del CGP.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** se duele de la Sentencia, manifestando que en el asunto debatido la afiliación de la actora al RAIS acaeció en el año de 2000, cumpliendo la AFP con todas sus obligaciones legales en el deber de información, especialmente la contenida

en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, agregando que es el formulario de afiliación la prueba idónea para demostrar que la vinculación de la actora al RAIS es válida pues está demostrado en el plenario que la señora **ANA ADIELA ZAMORA VALLEN** es una persona capaz para obligarse, aseverando además que, contrario a la línea Jurisprudencial que ha establecido la Corte Suprema, es obligación del afiliado buscar todas las herramientas a su alcance para auto-informarse

Acto seguido, reiteró que para la calenda de la afiliación no había obligación jurídica de realizar la asesoría de una forma tan estricta como en la actualidad, pues dicho deber surgió con posterioridad, hecho entonces que permite dilucidar que este acto podía hacerse de modo verbal, tal como se hizo, sin que deje de ser completa transparente y veraz, cumpliendo a cabalidad con los requisitos de Ley.

Luego, fue enfática la togada en aseverar que, en el asunto analizado, es improcedente ordenar la devolución de bonos pensionales y/o sumas adicionales, pues en la cuenta de ahorro individual de la demandante no existen tales erogaciones. Así mismo, refirió que al tener como ineficaz la afiliación de la demandante, debe entenderse que nunca administró los aportes de la actora, y, en consecuencia, no se pudieron generar los rendimientos cuya devolución se ordena a **COLPENSIONES**.

De otro lado, en lo referente a la devolución de los gastos de administración, expresó que es la misma legislación la que autoriza este descuento como contraprestación a la buena administración de los aportes realizados por cada afiliado, en esa senda, indicó que la devolución de estos recursos generaría un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**.

Acto seguido, peticionó se examine la prosperidad de la excepción de prescripción. pues si bien no prescriben los estados jurídicos, no sucede lo mismo contra las obligaciones que emanen de ellas. Finalmente, arguye que se opone a la condena en costas impuesta.

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. 228 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 07 y 08 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 la administradora.

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 y demás emolumentos; y de otra parte, verificar si la condena a la devolución de estos conceptos no quedó expresada en los términos del artículo 283 CGP.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

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

- (i) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre el año de 1985 y 2000, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 26 de julio de 2000, AFP a la que se encuentra afiliada en la actualidad (Archivo 15 ED y f. 15 y 97-163 Archivos 02 y 16 ED).
- (ii) Que el 20 de de abril de 2021 la señora **ANA ADIELA ZAMORA VALLEN** solicitó a **COLPENSIONES** autorizaran su regreso al RPMPD, petición despachada desfavorablemente mediante oficio de la misma calenda (f. 59 a 69 Archivo 02 ED).

## DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el 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 público y privado 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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, en especial del formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** suscrito por la actora (f. 15 y 97 Archivos 02 y 16 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 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 adocinado 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 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 a estos el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúnese 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, la carencia de 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de su relato no se logra extraer confesión alguna que lo perjudique.

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 a la posible afiliada, 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 la posible afiliada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la demandante 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 a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

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

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, con independencia del hecho de estar a 10 años o menos de adquirir el derecho pensional.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora 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 de dicha entidad.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la Jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora del RAIS ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo de su propio 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 la afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este, cuestión que deja sin piso, incluso, lo reiterado en el recurso, en tanto, se insiste, todos estos emolumentos, además de pertenecer a la afiliada, son el sustento económico de sus eventuales prestaciones.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, se reitera, todos estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los gastos de administración recibidos por **PORVENIR S.A.**, 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 de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración son comisiones causadas, o no reposan 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 el actor.

En este orden de ideas, como el presente asunto también se conoce en consulta en favor de la administradora del RPMPD, y en atención a que el fondo privado está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD

(sentencia SL 4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR**, que tales valores a trasladar a **COLPENSIONES** por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima se devuelvan de manera indexada.

Luego, frente a la solicitud de adición que realiza **COLPENSIONES**, en el sentido de que se concrete el valor de los dineros a devolver por parte de **PORVENIR S.A.**, de entrada, advierte la Sala que no resulta viable tal solicitud, pues no se cuenta en el cúmulo de pruebas arrojadas al proceso con la información pertinente para realizar la respectiva liquidación, de suerte, que aunque resulta deseable y de la mayor conveniencia que las sentencias laborales condenen por una cifra precisa y exacta, el hecho de que en algunas ocasiones su cuantificación haga necesaria la realización de algunas operaciones matemáticas para efectos de concretarla, no es óbice para que se califique la providencia de abstracta e imprecisa, siempre que los parámetros para la liquidación aparezcan claramente determinados e identificados en el fallo respectivo, postura decantada por el máximo órgano de cierre en materia laboral en Sentencia como la SL 391 de 2020, emolumentos que en el presente asunto se encuentran especificados pues se reitera que la AFP accionada está en la obligación de entregar todos los recursos percibidos por conceptos de las cotizaciones efectuadas por la demandante a la AFP, esto es, todos los acumulados en la cuenta de ahorro individual de la señora **ANA ADIELA ZAMORA VALLEN** por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, comisiones, primas de seguro previsional y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

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

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **PORVENIR S.A.** 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 entienden los apoderados de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la Sentencia recurrida en el aspecto descrito. Costas en esta instancia a cargo de **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.

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: ADICIONAR** el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 009 del 25 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** lo recaudado por gastos de administración, comisiones, valores de las primas de seguros

provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la Sentencia recurrida.

**TERCERA: COSTAS** en esta instancia a cargo de **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.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

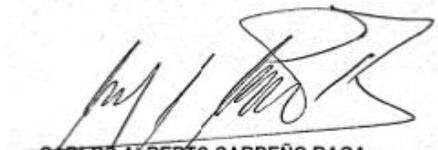
Los Magistrados,

**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 HERNÁN 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**

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

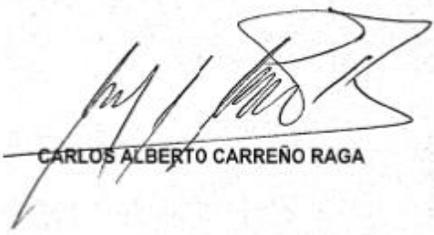
|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>PROCESO</b>           | <b>ORDINARIO</b>                            |
| <b>DEMANDANTE</b>        | <b>ANA ADIELA ZAMORA VALLEN</b>             |
| <b>DEMANDADOS</b>        | <b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>         |
| <b>PROCEDENCIA</b>       | <b>JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b> |
| <b>RADICADO</b>          | <b>76001-31-05-012-2021-00525-01</b>        |
| <b>SEGUNDA INSTANCIA</b> | <b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>                 |
| <b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>  | <b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</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:**

**María Nancy García García**

**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: **f6a10721927850c73e1c8a0b438f72a667660fe0d2b5cfe2bf1840c3c97b6303**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:51 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**