

**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>GABRIEL ENRIQUE CORRALES ZAMBRANO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-005-2019-00589-01</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>ADICIONA</b>

**SENTENCIA No.246**

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 451 del 19 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **VICTORIA EUGENIA VALENCIA MARTÍNEZ** identificada con T.P. No. 295.531 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

**ANTECEDENTES**

El señor **GABRIEL ENRIQUE CORRALES ZAMBRANO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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 él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, solicitó que se ordene su retorno a **COLPENSIONES**, junto con los aportes obrantes en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos debidamente indexados. **3)** Por último, reclamó condena en costas para las accionadas.

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 59 a 70 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 1 a

23 Archivo 04 ED (Porvenir), folios 3 a 12 Archivo 10 ED (Colpensiones) y folios 2 a 27 Archivo 11 ED (Protección).

Mediante Auto No. 2576 del 11 de noviembre de 2021 el Juzgado de primera instancia dispuso tener por no contesta la demanda por parte de **COLFONDOS S.A.** (f. 1 a 2 Archivo 18 ED).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 451 del 19 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos, e incluyendo los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, dispuso que la última acepte los recursos provenientes del RAIS, y active la afiliación del demandante.

Fundamentó su decisión en que, el derecho a la seguridad social está definido a la luz del artículo 48 CN como un servicio público y de carácter obligatorio, desarrollado por la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema General de Pensiones, integrado por 2 regímenes, solidarios y excluyentes, como son el RPMPD y el RAIS, teniendo importancia en este ámbito que las AFP suministren la información necesaria para lograr la mayor transparencia a fin de lograr de parte del afiliado, tomar una decisión informada, y en ese caso, escoger las mejores opciones de mercado, con elementos de juicio claros y objetivos, conforme lo señalado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Así mismo, expuso que conforma la Ley 1478 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circulares Externa No. 016 de 2016 impusieron el deber de la doble asesoría, proyección pensional e ilustración sobre los requisitos de la garantía de pensión mínima y otros mecanismos de protección a la vejez vigente dentro de la legislación.

Aunado a ello, recordó la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente al tema estudiado (SL1421-2019 y SL1452-2019), que pone de presente la obligación de las AFP de informar de manera adecuada a los afiliados desde la antesala de la afiliación, hasta el cumplimiento de las condiciones para el disfrute pensional, de forma completa y comprensible, con el alcance de quien sabe las consecuencias mayúsculas de una decisión como es la elección del régimen pensional, bajo la premisa del deber del buen consejo, y ampliamente ilustrativo, al punto de llegar a desanimar al interesado, preceptos que de no observarse, conllevan a la ineficacia de la afiliación, debiendo retornar al sistema de prima media todos los valores recibidos por la entidad. Igualmente, afirmó que la carga de probar la asesoría corresponde al fondo privado.

Luego, consideró que, en relación con los actos de relacionamiento, no se demostró en el plenario que, durante los traslados a distintos fondos, no quedó demostrada la doble asesoría de las entidades de pensión, dando la posibilidad al afiliado de escoger entre cualquiera de los regímenes, por lo que no procede aplicar los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a los actos de relacionamiento en el actual asunto.

En consecuencia, coligió que en el particular las demandadas no demostraron haber suministrado al actor la información clara, suficiente y calificada sobre las consecuencias que acarrearía el traslado, ni que se le hubiera brindado la doble asesoría, razón por la que hay lugar a declarar la ineficacia de este.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

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, conforme la libertad de escogencia del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y al declararse la ineficacia del traslado, se desconoce no solo la normativa vigente de la época, sino que también se aplica de manera retroactiva la Jurisprudencia, vulnerando los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, más allá de la buena gestión de su representada, frente a la cual no se demuestra la existencia de un vicio del consentimiento, ya que para el momento de la vinculación del demandante estaba vigente el estatuto orgánico financiero, decreto que exigía brindar una información cierta y comprensible, cumplida por la entidad.

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 por más de 20 años, aunado a que la conservación de estos emolumentos en el tiempo estaba amparada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido cuestionó que se ordene devolver los rendimientos y gastos, pues si el efecto de la ineficacia es hacer como si nunca hubiere existido el acto primogénito del traslado, es decir, que nunca estuvo afiliado el demandante al RAIS, no tiene la AFP por qué devolver los gastos de administración y los rendimientos financieros, actos que generarían un enriquecimiento sin causa y un desequilibrio económico del que propenden las restituciones mutuas, a pesar que estos gastos se encuentran consolidados y son imposibles de devolver, al convertirse en expensas necesarias para administrar los recursos de los afiliados, evitando también con estos que no pierdan poder adquisitivo.

Por último, hizo referencia a que tampoco es procedente devolver lo invertido en las primas de seguro previsional, como quiera que, con los contratos de seguro se busca cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, sucesos no configurados en este caso, lo que hace inviable la devolución de estos rubros. Así mismo, insistió en que la entidad no participó en el traslado inicial, sino en traslados horizontales, y por tanto debe darse aplicación a la posición de los actos de relacionamiento desarrollada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, el abogado de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** mostró resistencia a la declaratoria de ineficacia del traslado, al igual que en relación con la orden de devolución de los distintos conceptos recibidos por esta entidad, principalmente, los gastos de administración, tras considerar que son un descuento autorizado en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20. Seguido, expuso que su prohijada administró los aportes del demandante con la mayor diligencia, reflejada en los rendimientos financieros generados en su cuenta de ahorro. Por consiguiente, aseguró que no es posible devolver la comisión de administración al tratarse de sumas ya causadas, descontadas conforme a la legislación, y frente a lo cual debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1746 código civil, del cual emana que, en el evento de la ineficacia, regresando las cosas al estado original, debe entenderse que el contrato de

afiliación nunca existió, la AFP no administró los recursos del actor, no hubo rendimientos y tampoco cobro por administración, añadiendo que por disposición de las restituciones mutuas, la administradora debe conservar los gastos de administración, como consecuencia de hacer rentar los recursos del afiliado, según quedó probado.

Respecto la devolución de las primas de seguro previsional, anotó que no era procedente, pues a más de ser un descuento autorizado en la legislación, el seguro se cancela mes a mes para que eventualmente concurra a cubrir los dineros correspondientes para financiar las pensiones de sobrevivientes e invalidez, aspectos no discutidos en el presente asunto. Precisó que el artículo 108 ibidem establece la forma como deben operar las entidades de seguros, reglamentado a través de los Decreto 876 y 1161, ambos de 1994, para decir que el fondo giró los dineros a tales entidades, quienes son terceros de buena fe en estos asuntos. Más adelante, indicó que el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima es un valor agregado para el demandante en el evento de no cumplir con la suficiencia de semanas para la pensión de vejez en el RAIS.

Por último, expresó frente a la condena en costas que pese a haber sido condenados en juicio, el vencimiento en el proceso devino de la aplicación de la jurisprudencia, a lo que añadió que debe tenerse en cuenta que el demandante tuvo varios traslados horizontales, aspecto a tener en cuenta de cara a pronunciamientos jurisprudenciales como el sentado en la Sentencia SL3752-2020 (actor de relacionamiento).

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 del 11 de mayo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Porvenir, Colpensiones y Protección, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN 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 del RAIS.

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 prima previsional de seguros.

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 1987 y 1998, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 21 de diciembre de 1998 (f. 34 a 37 Archivo 04 ED y 31 Archivo 11 ED).

- (II) Que, durante su permanencia en el RAIS, el 12 de abril del 2000 el accionante decidió trasladarse con destino a **COLFONDOS S.A.**, para posteriormente irse a la AFP **HORIZONTE S.A.** el 15 de agosto de 2001, y de ahí a **PORVENIR S.A.** el 1 de enero de 2014, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 25 a 29 Archivo 04 ED).
- (III) Que en el mes de abril de 2019 el señor **CORRALES ZAMBRANO** solicitó a **COLFONDOS, PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.**, entre otras cosas, su traslado hacia el régimen de prima media, peticiones negadas por cada una de estas entidades (f. 13 a 36 y 38 a 46 Archivo 01 ED y f. 30 a 33 Archivo 04 ED).
- (IV) Así mismo, el 25 de abril de 2019 el actor suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 37 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° 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.

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 los 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 suarios 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, entre estas los formularios de afiliación del demandante a la COLMENA hoy **PROTECCIÓN** y a la AFP HORIZONTE, así como el certificado Siafp - Asofondos que muestra la vinculación de este a **COLFONDOS S.A.** y a **PORVENIR S.A.** (f. 31 Archivo 11 ED y 25 a 29 Archivo 04 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). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado 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 asesoría brindada.

Además, para dar respuesta a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR S.A**, 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 aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, 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 tome 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.

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

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente

cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Ahora, conforme lo señalado por los recurrentes, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 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 con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las 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 **PORVENIR S.A.**, fondo al que se encuentra afiliado 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 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 a los recursos del RPMPD invocado por la apoderada de su administradora.**

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con cargo de su propio peculio, 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.

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).

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, 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.

Sobre las **restituciones mutuas**, hay que decir 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 la parte actora.

En este orden de ideas, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL 4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido ordenar a **COLFONDOS S.A.** que también traslade debidamente indexado a **COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta 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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de la AFP **PROTECCIÓN 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 results 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 concernientes al precedente a aplicar, como erradamente lo entiende el apoderado de esta entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la Sentencia en el numeral descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 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,

### R E S U E L V E

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia No. 451 del 19 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** debidamente indexados los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, correspondientes al periodo en que el señor **GABRIEL ENRIQUE CORRALES ZAMBRANO** estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo al patrimonio propio.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

**TERCERO:** Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 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  
acc judicial



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



**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: **28a020f2e4a9cba2902bc0bbdc14f25ea025af9673e664e33cae38588b649c01**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:32 PM

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