



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ HUMBERTO GRANADA AGUIRRE** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-018-2022-00461-01

Santiago de Cali, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y en calidad de Magistrada Ponente **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia n°. 244 del 14 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 373

I. ANTECEDENTES

El señor José Humberto Granada Aguirre, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. y Colfondos S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Colfondos S.A. la obligación de trasladar los bonos pensionales redimidos, cuotas de administración junto con los aportes y rendimientos que posea en su cuenta de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que estuvo vinculado con el otrora ISS hoy Colpensiones hasta el año de 1999, momento en el cual empezó a recibir invitaciones a reuniones por parte de funcionarios de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Davivir S.A. hoy Protección S.A., quienes ofrecieron ventajas como pensión anticipada, para que aquel realizara su traslado ante la incertidumbre de la liquidación del ISS.

Exhibió que para el año 2001, realizó traslado horizontal a Colfondos S.A., AFP con la cual continuó realizando las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión.

Afirmó que a través de oficio 201002-000399, por parte de Colfondos S.A. se dio respuesta a petición sobre la proyección de mesada pensional de manera anticipada, manifestándole que no contaba con el capital suficiente para obtener una pensión de vejez

anticipada, así como tampoco, para obtener una pensión de vejez a los 62 años, por lo que podía optar por que el fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad.

Por último, aseveró que, para el 12 de mayo de 2022, presentó petición ante Colpensiones con el fin que esta declarara la ineficacia del traslado realizado inicialmente a Davivir S.A. hoy Protección S.A., requerimiento que fue resuelto negativamente bajo el argumento que no cumplía con los requisitos básicos, es decir, llevar 5 años de afiliación al fondo actual y que le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, es decir, tener menos de 52 años.

Mediante auto n.º. 2195 del 22 de agosto de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones. Protección S.A. y Colfondos S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que no es la entidad competente para declarar la nulidad de afiliación y traslado de aportes del RAIS, ya que no se ha probado ni declarado vicio en el consentimiento o asaltado en su buena fe al momento en que decidió cambiarse de régimen.

Arguyó que el hoy demandante permaneció en el RAIS por muchos años sin presentar inconformidad, y que a la fecha se encuentra vencido el término otorgado por la Ley para retornar al régimen de prima media, puesto que se encuentra a menos de 10 años para cumplir con la edad y obtener el derecho a la pensión de vejez.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la inexistencia de la obligación y carencia de derecho; cobro de lo no debido; prescripción; la innominada; buena fe; compensación; genérica; y la imposibilidad por ser tercero de buena fe. (f. 2 a 21 del archivo 09 ED).

Por su parte, **PORTECCIÓN S.A.**, se opuso a lo pretendido en la demanda bajo los argumentos que, al momento de cada traslado entregó toda la información, para que este tomara una decisión consciente y libre de toda coacción respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, actuando de manera profesional, transparente y prudente, con consentimiento informado.

Dijo que, no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentaran la nulidad de la afiliación, encontrándose válidamente afiliado al RAIS, sin que se lograra demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, más aún cuando se tiene en cuenta que no existió omisión por parte de la entidad de entregar al demandante la información de acuerdo con la normatividad vigente que el mismo requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada.

Además, el señor Granada Aguirre se encuentra inmerso en la prohibición legal que hace referencia el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Conforme lo expuesto por esta, propuso como exceptivas de mérito como la validez de afiliación a Protección S.A.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la

afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Colfondos S.A.; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; compensación; nadie puede ir en contra de sus propios actos; y la innominada o genérica. (f. 2 a 32 del archivo 07 ED).

Por último, **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que se cumplieron con todos los requisitos que la normatividad legal exige al momento de realizar el traslado de régimen y fue una decisión libre y voluntaria del demandante, sin vicios en el consentimiento, por lo tanto, se encuentra válidamente afilado al RAIS.

De lo dicho, propuso como exceptivas de mérito la de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado; buena fe; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; compensación y pago; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida; nadie puede ir en contra de sus propios actos; petición antes de tiempo; ausencia de vicios del consentimiento; prescripción de devolución de comisión o gastos de administración; e innominada o genérica. (f. 2 a 21 del archivo 08 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 244 del 17 de octubre de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por **PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A** y **COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor **JOSE HUMBERTO GRANADA AGUIRRE**, de condiciones conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Davivir, luego ING y hoy Protección SA, por consiguiente, la vinculación posterior a Colfondos S.A.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS SA, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **JOSE HUMBERTO GRANADA AGUIRRE**, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán

ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada y con cargo a su propio peculio.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN SA para que, una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- acepte el traslado del señor **JOSE HUMBERTO GRANADA AGUIRRE** sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral del señor **JOSE HUMBERTO GRANADA AGUIRRE** dentro de los 2 meses siguientes.

SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A y COLPENSIONES como parte vencida en juicio y a favor del demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16–10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

SÉPTIMO: Si no fuera apelada la presente providencia por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, se remitirá en Grado Jurisdiccional de

Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.

Como fundamento de su decisión, manifestó que, de acuerdo con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1452 del 2019, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad tenían la obligación de brindar información clara, suficiente, completa y comprensible al momento que se va a realizar el traslado del RPMPD, exponiendo los beneficios e inconvenientes adversos del traslado, pues no bastó con la suscripción del formulario de afiliación para dar fe del cumplimiento de ello.

Expuso que la carga probatoria está en las AFP de demostrar que brindaron toda la asesoría necesaria.

De igual forma expuso no obró dentro del expediente prueba que las administradoras hubieran explicado a la demandante las ventajas y desventajas del RAIS, no se contrastó la información entre los dos regímenes, tampoco se le indicó su potestad de retractarse, el capital mínimo para pensionarse, por lo tanto, declaró la ineficacia junto con sus consecuencias.

Por último, declaró que no era procedente la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida bajo el argumento que, esta no participó del acto

y que su oposición al traslado del demandante se dio a la imposición que tiene la Ley, por lo que la condena en costas dentro del presente proceso se torna improcedente.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** sustentó su recurso de apelación en contra del numeral 4 de la sentencia proferida, en el entendido que la comisión de administración y el seguro previsional son aquellas que cobran las AFP para administrar los aportes y una posible pensión de invalidez o sobrevivencia que realizan los afiliados, que esto correspondió a descuentos autorizados por la ley, por lo que no es procedente la devolución de comisiones ya causadas.

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

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 559 del 12 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Protección S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 del cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Protección S.A y Colfondos S.A. cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante al señor José Humberto Granada Aguirre 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, la condena en costas, y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, primas y rendimientos.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i)** Que estando afiliado al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1984 y 1997, el señor José Humberto Granada Aguirre decidió inicialmente trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Pensiones y Cesantías Davivir hoy Protección S.A. en el mes de mayo de 1997.
- ii)** Posteriormente, para el mes de enero de 2001, realizó traslado horizontal a la AFP Colfondos S.A.
- iii)** Para el 12 de mayo de 2022, presentó petición ante Colpensiones con el fin que esta declarara la ineficacia del traslado realizado inicialmente a Davivir S.A. hoy Protección S.A., requerimiento que fue resuelto negativamente bajo el argumento que no cumplía con los requisitos básicos, es decir, llevar 5 años de afiliación al fondo actual y que le falten

10 años o menos para cumplir la edad de pensión, es decir, tener menos de 52 años

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

i) 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 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»*.¹

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 1º 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 encontraban 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 pudiese traer

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136 de 2014.

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 encontrarse 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 acarreaban 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.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de afiliación a Pensiones y Cesantías Davivir hoy Protección S.A. (f. 41 del archivo 07 del ED), el reporte de estado de

cuenta del demandante (f. 36 a 38 del archivo 08 ED) y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que corrobora los traslados realizados por el actor (f. 7 del archivo 04 del ED), más nada se indicó respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que 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, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este caso las 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 (...)»**.² (Negrilla y Subraya fuera de texto).

De ahí que no puede pretenderse que el afectado 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 desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

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 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 el cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Resáltese 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, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este 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 22 años, esta circunstancia por sí solo 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 a Protección S.A., para luego realizarlo a Colfondos S.A., 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.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de las AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Protección y Colfondos S.A., entidades con las cuales se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con el señor Granada Aguirre, la vinculación 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 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 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 Protección S.A.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., no existe razón para aquella 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 percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

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 las AFP Protección S.A. y Colfondos 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.

Entonces, 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.

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.³

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Protección S.A. y Colfondos S.A., pues pese a que el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla 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

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL 37989, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

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 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.⁴

En cuanto a la condena en costas, considera la Sala que 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 del Código General del Proceso, 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.

Ahora bien, de la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL1421 y SL1688 de 2019, y SL638 de 2020.

declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214 de 2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Colpensiones y Protección S.A. incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a cada una.

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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 244 del 14 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. Las **COSTAS** están a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV para cada una.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada por
Actos Judiciales
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
EN AUSENCIA JUSTIFICADA**



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA