



República de Colombia

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS ARTURO RIVERA PUERTA** contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-005-2022-00106-01

Santiago de Cali, diecinueve (19) 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 Porvenir S.A., en contra de la sentencia n°. 465 del 25 de octubre de 2022, emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 411

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Arturo Rivera Puerta, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Porvenir S.A. la obligación de trasladar todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado.

Además, solicitó se condenara en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que cuenta con 64 años, estuvo vinculado con el otrora ISS hoy Colpensiones desde julio de 1989 a diciembre de 2001, fecha en la cual se trasladó a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., ante la sesgada, errada e incompleta información que brindó en aquel momento el promotor comercial del fondo privado, toda vez que no se le manifestó los beneficios, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensiones, como tampoco se le entregó cálculo o proyección de la posible futura mesada pensional.

Afirmó que, por parte de la AFP se le manifestó que podría pensionarse a cualquier edad, el monto que obtendría sería superior a lo que percibiría en el RPMPD, y que el otrora ISS iba a desaparecer.

Exhibió que, presentó petición ante Porvenir S.A. con el fin que se le entregara la información referente su traslado, requiriendo además en dichas peticiones, copia de la documentación que certifique la asesoría brindada a mi mandante por parte de la AFP al momento del traslado, donde se pueda evidenciar que se le informó de manera idónea las ventajas y desventajas del RPMPD y el RAIS, igualmente se solicitó copia de los formularios de afiliación, proyección de mesada pensional. Para lo anterior, dijo que mediante comunicación del 21 de febrero del 2022, se le remitió copia del formulario de afiliación solicitado, pero indicó que no cuenta con registro alguno de la asesoría, proyección y cálculos que se realizaron al momento del traslado, dado que la misma se dio de manera verbal.

Por último, dijo que presentó petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. para que aquel procedieran la anulación del traslado al RAIS, requerimiento que, mediante oficio BZ2022_1383582-0526200 por la primera, y comunicación del 21 de febrero por la segunda, manifestaron que no era procedente acceder a tal solicitud.

Mediante auto n°. 1790 del 28 de junio de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, admitió la demanda en contra de Colpensiones y Porvenir S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

Por parte del **MINISTERIO PÚBLICO**, se pronunció respecto de los hechos y pretensiones de la demanda, y afirmó que debe verificarse si en el presente proceso se encuentra demostrado que se

violó el consentimiento al no haberse informado en debida forma las consecuencias que llevaría el traslado de régimen, y también debe acreditarse por parte de la AFP si cumplió con el deber de información al momento de que el demandante suscribió el formulario de afiliación a dichas entidades, de allí que le corresponda a Porvenir S.A. probar que brindó una información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos regímenes, permitiéndole valorar las consecuencias de su traslado.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante, toda vez que no se avizoró nulidad alguna, ya que como se desprendió del formulario de afiliación, el demandante se encuentra válidamente afiliado, su decisión fue de manera libre, espontánea, voluntario, con conocimientos claros y suficientes sobre lo regímenes, y que si bien no se le realizó una proyección de su mesada pensiona, lo anterior correspondió a que los ingresos económicos podrían variar.

De igual forma, dijo que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, y que se encuentra impedido para el cambio de régimen, pues está dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento a la edad mínima requerida para pensionarse.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; nadie está obligado a lo imposible – principio general del derecho; prescripción; la innominada; y buena fe. (f. 3 a 16 del archivo 09 ED).

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, se opuso a lo pretendido en la demanda bajo los argumentos que, el traslado fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión sobre el

funcionamiento del RAIS, tal como puede apreciarse en el formulario de afiliación.

Adicionalmente dijo que, le garantizó el derecho a retracto, que aquel estuvo vinculado por más de 20 años sin que presentara oposición alguna, y que por parte de la AFP se cumplieron con cada una de las obligaciones contenidas en la Circular Externa 019 de 1998.

Por último, arguyó que no es procedente la condena por gastos de administración, ya que estos fueron descontados conforme lo estipuló la Ley 100 de 1993, y conllevaría a un enriquecimiento ilícito por parte de Colpensiones.

Conforme lo expuesto por esta, propuso como exceptivas de mérito prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; restituciones mutuas; y excepción genérica. (f. 2 a 26 del archivo 08 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 465 del 25 de octubre de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por **CARLOS ARTURO RIVERA PUERTA** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la

demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales si lo hay, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES EICE que acepte el traslado de **CARLOS ARTURO RIVERA PUERTA** al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS. Además de convalidar la historia laboral y activar la afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR en costas y se fija la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE a cargo de cada una de las entidades demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como agencias en derecho, a favor del demandante.

QUINTO: En caso de no ser apelado por parte de COLPENSIONES, se remite en CONSULTA al Tribunal Superior de Cali, por ser desfavorable para esta entidad.

Como fundamento de su decisión, en extenso manifestó la potestad que tienen los trabajadores de elegir entre los dos regímenes pensionales, y que conforme con la normatividad las AFP tienen el deber de información para con sus posibles afiliados, además que, está dentro de su obligación la realización de una doble asesoría en pro de que pueda tomar la decisión más favorable y responsable.

Por otro lado dijo que, en sentencia SL1421 de 2021 la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema, ilustró que las AFP tienen la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente para que el afiliado pueda elegir entre las distintas opciones del mercado, conociendo las ventajas, desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Manifestó que en el presente caso Porvenir S.A., no probó haber brindado información clara, suficiente y calificada al demandante, en la forma como la jurisprudencia así lo dispuso, toda vez que no se le explicó las consecuencias de aquel traslado de régimen, ni hubo la doble asesoría.

Por último, declaró que no era procedente la excepción de prescripción dado el carácter imprescriptible de la acción.

En consecuencia, accedió a la pretendida ineficacia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. sustentó su recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, con el fin que se revoque lo concerniente al traslado de los gastos de administración, toda vez que estos fueron destinados para el pago del seguro previsional y este descuento se encontraba debidamente autorizado por la Ley, de allí que solo era procedente la devolución de cotizaciones y rendimientos.

En el mismo sentido, presentó su oposición frente a la devolución de las primas destinadas a cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje de garantía de pensión mínima, ya que este ha estado asegurado durante todo el tiempo vinculado a Porvenir S.A.

Por parte de **COLPENSIONES**, se presentó inconformidad respecto de la sentencia proferida, en atención a que la declaración de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, citando para ella sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

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. 586 del 22 de noviembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir 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 Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al señor Carlos Arturo Rivera Puerta 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 desde el año de 1989 hasta el 2001, el señor Carlos Arturo Rivera Puerta decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. en el mes de junio de 2001.
- ii)** Colpensiones y Porvenir S.A. para que aquellos procediesen la anulación del traslado al RAIS, requerimiento que, mediante oficio BZ2022_1383582-0526200 por la primera, y comunicación del 21 de febrero por la segunda, manifestaron que no era procedente acceder a tal solicitud.

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 rememorar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de

pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir 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 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;

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136 de 2014.

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 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.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el historial laboral del demandante y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que corrobora el traslado realizado por el actor (f. 85 a 101 del archivo 08 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 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 (...)»**.² (Negrilla y Subraya fuera de texto).

De ahí que no puede pretenderse que el afecto 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.

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,

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

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 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 la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir 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 20 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 Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir 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 la 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 Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., entidad con la cual se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con el señor Rivera Puerta, 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 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 Colpensiones.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., no existe razón para que 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 la AFP Porvenir S.A. con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

Entonces, la orden de devolución de recursos está incompleta, 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, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD, por lo que habrá de modificarse al numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, en atención a que fue la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021, la que advirtió que las sumas a reintegrar por concepto del saldo de la cuenta individual, los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexados para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones⁴.

En cuanto a la condena en costas, considera la Sala que como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia

³ Sentencias SL 37989, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

⁴ Véase también sentencia SL2877 de 2020.

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 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 modificará la sentencia en el aspecto descrito. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia n°. 465 del 25 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará de la siguiente manera:

ORDENAR a PORVENIR S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES EICE, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales si lo hay, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y cotizaciones voluntarias, si se hicieron, todo lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** están a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales
Cali-Valle



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos Judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
En ausencia justificada