

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA LABORAL  
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO  
MAGISTRADA PONENTE**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>PATRICIA EUGENIA ZÚÑIGA SUAREZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-006-2021-00186-01</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 n°. 040**

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, como Magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia n° 54 del 24 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

La señora **PATRICIA EUGENIA ZÚÑIGA SUAREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Así mismo, se ordene a **PORVENIR S.A.** la

devolución de todos los aportes cotizados, los rendimientos, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los bonos pensionales si a ello hubiere lugar, **3)** Que, en consecuencia, se ordene su retorno a **COLPENSIONES**, por último, **4)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 4 a 15 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 3 a 14 Archivo 04 ED (Colpensiones) y 2 a 28 Archivo 08 ED (Porvenir S.A.).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia n°. 54 del 24 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por la demandante, al igual que bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que estuvo afiliada a esta AFP. A la par, le impuso a **COLPENSIONES** el deber de aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales.

Como sustento de su decisión, manifestó que de manera amplia ya se ha expresado que es el Fondo de Pensiones quien tiene la carga de demostrar que brindó una adecuada asesoría a la afiliada, esto es, que puso en su conocimiento las características, ventajas y desventajas objetivas del traslado y sus consecuencias jurídicas, argumento reforzado por lo expresado por la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral en la sentencia con Radicación 68852 del 03 de abril de 2019, aduciendo que tanto la suscripción del formulario de afiliación, como el hecho de que el mismo no hubiere sido tachado de falso, no son razones suficientes para entender configurado el deber de información, pues esto tan solo acredita el consentimiento, mas no que la afiliada hubiere sido debidamente informada acerca de todos los elementos que involucran aquel acto, sus riesgos, consecuencias y condiciones.

Así mismo, reiteró que es el fondo de pensiones quien debe demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar la asesoría a la potencial afiliada que le permita decidir con todos

los elementos de juicio cual régimen es mejor para ella, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar al usuario una información cierta, suficiente y oportuna para que pueda tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En consecuencia, consideró que en el particular **PORVENIR S.A.** no demostró haber suministrado a la demandante la información clara, suficiente y calificada sobre las consecuencias que acarrearía el traslado, pues solo se cuenta con el formulario de afiliación que carece de toda conducencia para demostrar la adecuada y oportuna asesoría, razón por la que hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

En torno a la excepción de prescripción adujo no que no podía prosperar, acogiendo el criterio establecido en la sentencia SL-1689-2019 por el máximo órgano de cierre en materia laboral, donde se manifiesta la improcedencia de este fenómeno en los asuntos de nulidad de traslado, teniendo en cuenta que esta es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando en primera medida que, analizadas las condiciones de la actora respecto a la conveniencia del traslado de régimen pensional, es mucho más favorable para la actora permanecer vinculada al régimen de ahorro individual, debido a que podría hacerse acreedora a la garantía de pensión mínima que allí se ofrece, esto teniendo en cuenta que al mes de agosto de 2021, cuenta con un total de 904 semanas, restándole un total de 396 para lograr el derecho pensional en el RPMPD, agregando en este punto que la única motivación en la que se sustentan sus pretensiones radica en el monto de la mesada que obtendría en este último régimen pensional mentado.

De otro lado, sostuvo que para el año de 1995, fecha en la que se produjo el acto del traslado cuestionado, la asesoría brindada a la señora **PATRICIA EUGENIA ZUÑIGA SUAREZ** se hizo de manera verbal, época para la cual se le pusieron de presente las ventajas y desventajas entre los dos regímenes, y que el hecho de que esto no constara por escrito no le restaba validez y mucho menos podría considerarse que la información

suministrada no fue clara, completa, transparente, veraz y precisa, pues la única constancia que debía dejarse era el formulario de afiliación, el cual se allega al plenario y que se ajusta a lo contemplado en el Decreto 692 de 1994, cumpliendo entonces su representada con las obligaciones a su cargo.

En complemento de lo anterior, sostuvo que la actora ha estado afiliada durante un largo tiempo al régimen de ahorro individual y solo hasta ahora, cuando ya se encuentra incurso en la prohibición que apareja la norma, por estar a menos de 10 años de causar la pensión de vejez, es que muestra su inconformismo. De igual forma, adujo que, si la consecuencia jurídica de la ineficacia decretada es entender que el vínculo nunca existió, no habría lugar a devolver la suma causada por concepto de los rendimientos que se generaron por la buena administración realizada por parte de la AFP a la cuenta de ahorro individual de la demandante, ni mucho menos los gastos de administración, pues con ello se estaría generando un detrimento patrimonial para su defendida y un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**.

Así mismo, adujo que como el traslado de régimen se dio en 1995, lo pretendido por la actora se encuentra prescrito, pues al estar en disputa el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, este acto sí sería susceptible de aplicación de las consecuencias de este fenómeno, pues no se encuentra en discusión la causación del derecho pensional.

Por todo lo expuesto, solicitó la revocatoria de la sentencia dictada en primera instancia.

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 n°. 035 del 23 de enero de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en mismos términos a lo expuesto en la contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico para resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos.

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

### **CONSIDERACIONES**

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

- (i) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que se vinculó en el mes de octubre de 1993, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 30 de junio de 1995, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 3 a 8 y 29, 31 y 32 archivos 06 y 08 ED).
- (ii) Que el 01 de noviembre de 2019, la señora **PATRICIA EUGENIA ZUÑIGA SUAREZ** solicitó, entre otras cosas, a la AFP **PORVENIR S.A.** autorizara su regreso al régimen de prima media con prestación definida, petición que fue despachada desfavorablemente por esta entidad en comunicado remitido vía correo electrónico (f.26 y 29 a 31 Archivo 01 ED).
- (iii) Así mismo, la demandante el 05 de noviembre de 2019 y 19 de marzo de 2021, solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPMPD; no obstante, a través de oficios de las mismas calendas esta administradora no accedió a lo deprecado (f. 10-11 y 14-15 archivo 06 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 obligatorio, 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 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 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 la afiliada 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 suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 31 Archivo 08 ED), no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha 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 la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados les imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, debe resaltar la Colegiatura que la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, pues eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante a vinculación en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado 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, 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, la carencia de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las

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

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 a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones en perjuicio de su posibilidad de adquirir 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 la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (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 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 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, dando así respuesta al interrogante planteado por parte de **PORVENIR S.A.**

De otro lado, y en respuesta a lo manifestado por la apoderada de la AFP demandada, en cuanto que le resulta más beneficioso a los intereses de la actora permanecer en el RAIS como quiera que allí puede ser beneficiaria de la garantía de pensión mínima, es un argumento no tiene vocación de

prosperidad, pues resulta anticipado considerar que sea este el régimen pensional más favorable como quiera que es potestativo de la demandante el seguir efectuando cotizaciones hasta que cumpla requisitos para hacerse acreedora a su derecho pensional en el RPMPD.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora 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 la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por la apoderada de dicha entidad.

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

deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo de sus propios patrimonios, 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.

En lo relativo a los rendimientos, contrario a lo señalado por la mandataria de la AFP, debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, 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.

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

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a que, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de

un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP de 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 (CSJ SL1377-2022, SL1361-2022).

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a 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).

Sobre las **restituciones mutuas**, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y la actora.

En este orden, en consonancia con la obligación de reintegrar al RPMPD todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la actora y como la decisión también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido ordenar a **PORVENIR S.A.** que traslade igualmente a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP, y con cargo a su propio patrimonio, y que, al igual que los gastos de administración, deberán devolverse debidamente indexados, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 4609 de 2021.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que tienen relación con derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de ahí que la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **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: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 54 del 24 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** incluya el porcentaje de las primas de seguro previsional, correspondientes al periodo en que la señora **PATRICIA EUGENIA ZUÑIGA SUAREZ** estuvo afiliada a esta AFP, con cargo al patrimonio propio, rubro que al igual que los gastos de administración, deben ser devueltos debidamente indexados.

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

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**