

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

|                   |                                      |
|-------------------|--------------------------------------|
| PROCESO           | ORDINARIO                            |
| DEMANDANTE        | MARÍA ELENA PRIETO LUENGAS           |
| DEMANDADOS        | COLPENSIONES y PORVENIR S.A.         |
| PROCEDENCIA       | JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI |
| RADICADO          | 76-001-3105-012-2022-00068-01        |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN Y CONSULTA                 |
| TEMAS Y SUBTEMAS  | Ineficacia de Traslado               |
| DECISIÓN          | CONFIRMA                             |

SENTENCIA n°. 44

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés  
(2023)

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., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia n° 076 del 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA ELENA PRIETO LUENGAS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a través de **PORVENIR S.A.** **2)** Que, en consecuencia,

se ordene a **COLPENSIONES** recibirla como afiliada al régimen de prima media con prestación definida. **3)** Que se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todos sus aportes, cuotas de administración y rendimientos obrantes en su cuenta de ahorro individual.

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 1 a 13 Archivo 03 ED, así como en la contestación a la demanda allegada por **COLPENSIONES** militante de folios 4 a 30 Archivo 11 ED.

Mediante Auto No. 1556 del 27 de abril de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (Archivo 12 ED).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia n° 076 del 8 de junio de 2022, tuvo por no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, señora **MARÍA ELENA PRIETO LUENGAS**, del régimen de prima media al régimen de ahorro con solidaridad administrado **PORVENIR S.A.**, entendiéndose afiliada a **COLPENSIONES**, entidad a la que le ordenó recibirla sin solución de continuidad.

Seguidamente, condenó a **PORVENIR S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros. Así mismo, le impuso la obligación de devolver los gastos de administración, las comisiones, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguro previsional, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados.

Previo a efectuar el análisis de fondo correspondiente, la Juzgadora aclaró que el presente asunto trata de una ineficacia del traslado de régimen, en tanto los certificados CETIL traídos al expediente mostraban que la actora laboró para el municipio de Soacha – Cundinamarca, efectuando aportes a la Caja de Previsión Social de este ente territorial, por lo que, en concordancia con el Decreto 692 de 1994, debía entenderse que hizo parte del régimen de prima media.

Superado lo anterior, procedió la Funcionaria a enunciar lo señalado en la Jurisprudencia con respecto a la obligatoriedad del precedente, para decir que, si bien con la suscripción del formulario de afiliación se aceptan las condiciones propias de cada régimen pensional conforme lo define el artículo 11 del Decreto 693 de 1994, dicha normatividad plasma de manera expresa que la vinculación del afiliado debe hacerse de manera libre y voluntaria, aunado a lo decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Sentencia STP12082-2019, donde se dijo que no es suficiente de la simple suscripción del formulario, extraer la existencia del consentimiento informado, al ser un documento preimpreso del que no se extrae cual fue la información suministrada al usuario.

Además, adujo que sin importar si la persona tiene una expectativa de pensionarse en el RPMPD, los dos regímenes tiene diferencias, y a pesar de tener la misma cobertura, en materia de pensión de vejez funcionan de manera diferente, pues por ejemplo, en el RAIS no solo se ofertan modalidades pensionales que afectan de manera directa el monto pensional, si no que por ser el factor esencial el capital, aspectos como la edad, sexo o número de beneficiarios, afectan también la cuantía de la prestación, lo que no ocurre en el RPMPD donde hay requisitos objetivos y una forma matemática precisa que permite obtener el valor de la mesada. Esas condiciones, explicó, son las que se piden a los fondos pensionales acreditar en estos procesos como evidencia sobre el cumplimiento del deber de información, no siendo suficiente que les ofrezcan a los afiliados beneficios pensionales, sin dilucidar las condiciones, circunstancias y requisitos necesarios en el RAIS para obtener la pensión en dicho régimen.

En ese orden, el derecho a la libre escogencia se garantiza cuando el usuario recibe de manera clara y concreta la información sobre el régimen al que se está afiliado, lo que debía demostrar **PORVENIR S.A.**, pero no desplegó actividad probatoria de algún tipo. Por otra parte, indicó que no se exige la presentación de proyecciones pensionales, dada la fecha del traslado, como quiera que esta obligación nació a partir de la Ley 1748 de 2014, exigiéndose el cumplimiento de lo contenido en los artículos 72 y 97 Decreto 663 de 1993, que imponía como obligación la entrega a los usuarios de una información razonable y adecuada, a fin de que estos tomaran una decisión informada respecto del alcance de sus derechos y obligaciones, conociendo cómo funciona el régimen, aspectos que al no demostrarse, impiden considerar la existencia de un traslado libre (SL1688-

2019, SL2817-2019 y SL5686-2021), aludiendo que la acción tampoco es susceptible de prescribir.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria de las condenas impuestas toda vez que, en su criterio, la entidad cumplió el deber de información conforme lo previsto al momento de la vinculación de la actora, de tal forma que no podía exigírsele el cumplimiento de un deber surgido con posterioridad a la vinculación, apartándose de lo considerado por la Juzgadora, quien, señaló, tuvo por no cumplido el deber de información al no haberse aportado prueba documental sobre la asesoría brindada, sin tener en cuenta que para el momento del traslado de la demandante no había necesidad de dejar constancias escritas más allá del formulario de afiliación.

Explicó precisamente que el deber estudiado era de doble vía, y, por tanto, la persona debía acudir suficientemente informada al acto de afiliación, efectuar preguntas a los asesores o utilizar los canales de información de la entidad para absolver cualquier duda, al igual que tampoco se acreditó alguna queja o reparo frente a la afiliación previa efectuada, por lo cual no puede eximírsele del deber que le asistía de actuar con la debida diligencia y cuidado frente a un tema tan trascendental como el pensional, simplemente con la manifestación de existir en cabeza de la AFP una carga informativa, añadiendo que, en la época del traslado la entidad no debía entregar proyecciones pensionales, agotar el deber del buen consejo, o desincentivar al potencial afiliado de trasladarse, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia al decir que existen unas etapas del deber de información y al acaecer la vinculación de la actora en el año 1999, la obligación de la demandada era la plasmada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

De otro lado, expuso que, a partir de sus actos, la demandante dio a entender que estaba conforme con las condiciones del RAIS, dándose así lo conocido como actos de relacionamiento (SL373-2020 y SL1061-2021), pronunciamientos a los que debió haber dado aplicación el Despacho, pues habiendo pasado tanto tiempo, la AFP solo tiene el formulario de afiliación como único soporte de la asesoría, insistiendo en que un análisis que podría haber llevado a la conclusión de conformidad de la actora era la suscripción del formulario de afiliación, y los más de veintiún (21) años de vinculación, más cuando el acto como tal se dio con el lleno de

los requisitos exigidos en el año 1999, por lo que no procedía declarar la ineficacia del traslado.

Frente a las órdenes de devolución impuestas, dijo, por ejemplo, en relación con los rendimientos, que producto de la ineficacia declarada, debe entenderse que no estuvo la actora afiliada al RAIS, no se recibieron aportes, tampoco fueron administrados, y por tanto no se generaron tales emolumentos. En igual sentido, manifestó que no era viable la devolución de los gastos de administración, al no ceñirse esta orden a lo establecido en los artículos 1746 y 1747 código civil, en la medida en que no corresponde a la teoría de las restituciones mutuas cuando el acto jurídico es declarado nulo, y por tanto no puede ser obligada a devolver un bien, aportes, rendimientos, y al mismo tiempo los dineros invertidos para incrementar lo ahorrado. Además, manifestó que el descuento por estos gastos está autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinados a la contraprestación por la correcta administración de la cuenta de ahorro, la seguridad de sus aportes, sin tener el objetivo de financiar prestación alguna en favor de aquella, al paso que dijo que al concluir que la demandante permaneció en el RPMPD, en este también se efectúa dicha deducción, lo que supondría un detrimento de la entidad y un enriquecimiento sin causa en favor de la accionante, aunado a que, frente al porcentaje destinado a primas de seguros previsionales, durante su afiliación la accionante siempre estuvo amparada en los riesgos de invalidez y muerte, y el hecho de no haberse hecho efectiva esta protección, no indica que deban devolverse, máxime que fueron utilizados conforme lo dispuesto en la norma.

Respecto de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, señaló que lo descontado por este concepto hace parte del componente de solidaridad del RAIS, se destinaron conforme lo dispuesto en el mandato legal y no se encuentran en las arcas de la administradora de pensiones. Continuó refiriendo respecto de la orden de devolución de los bonos pensionales, que **PORVENIR** no tiene la competencia para expedir y redimir aquellos, añadiendo que en la cuenta de la demandante no hay rubro ingresado por este concepto. Por último, anotó que, la acción impetrada por la demandante si era susceptible de prescripción.

La Sentencia también se estudiará en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto n°. 039 del 23 de enero de 2023, se dispuso a dar traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de Porvenir S.A, en términos similares a la contestación y alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 05 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.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARÍA ELENA PRIETO LUENGAS** laboró al servicio del Municipio de Soacha – Cundinamarca, periodo en el que realizó aportes a la Caja de Previsión Social de Soacha entre 1992 y 1994 (f. 14 a 16 Archivo 02 ED).
- (ii) Que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 7 de junio de 1999, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 4 a 7 Archivo 14 ED).
- (iii) Que el 8 de febrero de 2022, la señora **PRIETO LUENGAS** suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 18 a 19 Archivo 02 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte*

*que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le 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 público y privado de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer 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, en especial el certificado SIAFP de ASOFONDOS, en el cual se refleja la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 4 Archivo 14 ED), no se advierte de que manera le fueron indicadas 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 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, contrario a lo sostenido por la apoderada de **PORVENIR**, no puede pretenderse que la afiliada 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, dado su carácter de entes especializados expertos en el mercado del aseguramiento pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada. En esos términos quedó recordado en la Sentencia SL1452-2019 que recabó: “(…) Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. **Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.** (…)” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Y es que, 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 posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la afiliada como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar a la usuaria toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción la afiliada 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 para la afiliada.

Ahora, respecto a que la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, 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 mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer** (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, y no obstante lo dicho por la mandataria de la administradora de origen público, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación 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, cuando advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten diez (10) años o menos para adquirir el derecho pensional.

Ahora, conforme lo alegado por la mandataria de la AFP concerniente a la teoría de los actos de relacionamiento, hay que decir no se reliva la existencia de una línea de sentencias en la que se sostenga la tesis de estos actos dentro del RAIS. para suponer cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, amén de que las decisiones al respecto han sido proferidas en sala de descongestión, por lo que no se estima que comporte un cambio de posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema.

De hecho, resáltese que decisiones donde se estudiaba su desarrollo, han sido objeto de estudio en sede de tutela, citándose a manera de ejemplo sentencias como la STP15228-2021 del 7 de septiembre de 2021 y STP17670-2021 del 9 de diciembre de 2021, en las que se ordenó a la Sala de Descongestión mencionada dejar sin efecto los pronunciamientos dictados en ese sentido, y resolver nuevamente el asunto partiendo de la postura asumida por la Sala de Casación Laboral permanente sobre el tema estudiado, que, en efecto, dista de lo considerado en aquellas posiciones insulares.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, al margen de la prohibición contenida en el artículo 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 citada, con lo que se desestiman los argumentos de la AFP demandada.

Valga aclarar que, como lo advirtió la Juez de primer grado, la demandante nunca estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, de hecho, se observa que registraba afiliación a la Caja de Previsión Social de Soacha, en su calidad de servidora pública, razón por la cual, al restituirse el *statu quo* gracias a la acreditación de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media, como lo es **COLPENSIONES**, efecto que se sustenta en la misma Ley 100 de 1993 que en su artículo 52 estableció que el RPMPD sería administrado por el ISS ahora **COLPENSIONES**, mientras que las cajas del sector público o privado existentes a la vigencia de esta normativa administrarían dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran.

Esgrimido lo anterior, 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 la entidad citada 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 estas entidades, 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 económico al RPMPD.

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 su propio peculio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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**, 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 ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo sostenido por su apoderada en la sustentación del recurso, el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no

haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por las administradoras 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.

De otro lado, frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de la AFP respecto a la devolución del bono pensional, es pertinente poner de relieve que esta orden no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a disponer la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere.

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 hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad

social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópicó 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 confirmará la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma 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: CONFIRMAR** la sentencia n° 076 del 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) SMLMV.

### **NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**