

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ESPERANZA PAYÁN HERMAN
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
LITIS CONSORCIO	PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2019-00224-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.222

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 533 del 06 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ESPERANZA PAYÁN HERMAN** 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)** Que, en consecuencia, se ordene su retorno a **COLPENSIONES**. **3)** Así mismo, imponga la devolución de todos los aportes realizados al RAIS, junto con los respectivos rendimientos, **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las demandadas.

A través del Auto No. 1447 del 19 de noviembre de 2020, la Juez de instancia ordenó la vinculación como litis consorcio de la parte pasiva de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** (Archivo 07 ED).

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 y su subsanación visible a folios 38 a 43 y 48 a 53 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 3 a 12 Archivo 05 ED (Colpensiones), 2 a 23 Archivo 06 ED (Porvenir S.A.), 2 a 33 Archivo 11 ED (Protección) y 2 a 16 Archivo 12 ED (Colfondos).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 533 del 06 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A** y **COLFONDOS S.A.** transferir a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual que pertenecen a la señora ESPERANZA PAYAN HERMA junto con sus rendimientos. De igual forma, ordenó a las AFP citadas devolver lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio

Por último, ordenó a **COLPENSIONES** que aceptara el traslado de la demandante y recibiera los emolumentos reseñados.

Fundamentó su decisión en que, el derecho a la seguridad social está definido a la luz del artículo 48 CN como un servicio público y de carácter obligatorio, desarrollado por la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema General de Pensiones, integrado por dos (2) regímenes que se excluyen pero coexisten entre sí, como son el RPMPD y el RAIS que son de libre escogencia por el trabajador, teniendo importancia en este ámbito que las AFP suministren la información necesaria para lograr la mayor transparencia a fin de lograr de parte del afiliado, tomar una decisión informada, y en ese caso, escoger las mejores opciones de mercado, con elementos de juicio claros y objetivos, conforme lo señalado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que desde entonces les exigía a los fondos privados exponer elementos de juicios claros y objetivos para que el posible afiliado tomara decisiones informadas. Así mismo, expuso que de acuerdo al Parágrafo primero del Artículo segundo de la Ley 1748 de 2014 en consonancia con el Decreto 2071 de 2015 y la Circulares Externa 016 de 2016 impusieron el deber de la doble asesoría, proyección pensional, debiendo también dejar claro conceptos como el de la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, e ilustrar sobre los requisitos de la garantía de pensión mínima y otros mecanismos de protección a la vejez, vigente dentro de nuestra legislación.

Aunado a ello, recordó la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente al tema estudiado, y las condiciones en que las AFP deben cumplir con su deber de información, para decir que corresponde a estas acreditar que brindaron la debida asesoría al afiliado, para que así ellos tomen la decisión que mejor se ajuste a sus intereses. En consecuencia, consideró que en el particular **COLMENA** hoy **PROTECCIÓN S.A.** con quien se dio el traslado de régimen pensional, y posteriormente **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, no demostraron haber suministrado a la demandante la información clara, suficiente y calificada como lo establece la Jurisprudencia, sobre las consecuencias que acarrearía el traslado, ni mucho menos que se les hubiera suministrado la doble asesoría, razón por la que hay lugar a declarar la ineficacia de este.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES**, presenta recurso de apelación, señalando que el traslado realizado por la señora **ESPERANZA PAYAN HERMAN** es legal, y los requisitos de información que ahora se esgrimen en la Sentencia de Instancia debieron ser suministrados a la demandante, no eran aplicables para la época en la que acaeció el traslado de régimen, ya que la legislación vigente no lo imponía, hecho por el cual, la actuación de la AFP goza de presunción de legalidad. Así mismo, expone que no se evidencia un vicio del

consentimiento, tampoco un comportamiento de mala fe, ni coacción en la decisión tomada y mucho menos un engaño, aunado a que la actora ha permanecido por un largo tiempo en el RAIS, lo que demuestra su aquiescencia de pertenecer a este régimen.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** sostiene en su recurso de alzada que el traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual fue voluntario, se realizó conforme a las disposiciones legales vigentes para la época y la permanencia durante un largo tiempo de la señora **PAYÁN HERMAN** en el RAIS, es indicativo de querer permanecer en este.

De igual forma, aduce que si bien no desconoce la línea Jurisprudencial que actualmente ha sido desarrollada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a este tema, debe establecerse y determinarse que también le asiste a la parte demandante el deber de demostrar que se auto-informó sobre las consecuencias jurídicas que su decisión traería, sin embargo, toda la carga probatoria recae en cabeza de la AFP exonerando al afiliado de cualquier obligación.

Adicional a lo anterior, expresa que debe aplicarse la norma vigente para la época en que se produjo el traslado, sin embargo, está demostrado que se ha dado un alcance que no corresponde, lesionando el principio de confianza legítima.

Luego, refiere la demandada que en el evento de confirmarse la decisión, no hay lugar a ordenar la devolución de los emolumentos mencionados en el Sentencia, especialmente los gastos de administración, pues aquellos están direccionados a retribuir la gestión de las AFP, lo que conlleva a concluir que estos dineros no pertenecen a la afiliada, agregando que esta orden generaría un detrimento patrimonial para ellos y un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** quien durante un largo tiempo no ha realizado ninguna gestión ni mucho menos administrado los recursos de la hoy demandante.

Por último, solicita se analice el fenómeno de la prescripción, aduciendo que, si bien no opera dicho fenómeno en los estados jurídicos, si prescriben las obligaciones que emanan de ellas, como los gastos de administración, solicitando a su vez la revocatoria por la condena en costas.

La togada de **PROTECCIÓN S.A.**, señaló en su recurso que no hay lugar a devolver los dineros por concepto de gastos de administración, pues dicha erogación es aquella que cobran los fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, descuento que equivale al 3% de lo cotizado y que se utiliza también para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros con quien se suscriba el contrato, agregando que es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 el que permite este descuento y que opera tanto en el RAIS como en el RPMPD.

Aunado a lo anterior, sostiene que, si la consecuencia es la nulidad y que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende **PROTECCIÓN S.A.** nunca debió administrar la cuenta de ahorro individual de la demandada, y mucho menos debió cobrar una comisión de administración.

Finalmente, refiere que el artículo 1746 del código civil habla de las restituciones mutuas y que con base en ello debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia del traslado, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, perteneciendo los rendimientos al afiliado y la comisión de la administración a la AFP.

COLFONDOS S.A., se duele de la condena impuesta en su contra, primero aduciendo que fueron condenados dos veces a devolver lo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante pues estos valores ya fueron trasladados al fondo pensional donde se encuentra vinculada actualmente la demandante, aduciendo se revise este punto, pues diferente es que en la Sentencia de primer grado se deje establecido que ello operara en caso de no haberse realizado.

Luego, enlaza su reparo respecto a los gastos de administración que se ordenan trasladar, manifestando que las actuaciones de la entidad han estado ceñidas a la Ley y la Constitución, pues es de público conocimiento que los valores que se descuentan por dicho concepto son de consagración legal, haciendo mención al artículo 60 literal b de la Ley 100 de 1993.

En esa senda, también sostiene que no existe ninguna razón legal para devolver estos dineros, aunado al hecho de que gracias a la buena y óptima gestión realizada por la AFP se generaron rendimientos, debiéndose aplicar principios constitucionales de equidad y justicia, pues al trasladar, valga la redundancia, lo generado por rendimientos no hay lugar a devolver la comisión de administración.

Igualmente, alude que debe aplicarse la prescripción a estos valores, pues si bien no opera este fenómeno para la acción de ineficacia del traslado, los dineros causados por concepto de gastos de administración tienen una naturaleza distinta.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los el apoderado de Porvenir S.A., los que pueden ser consultados en el archivo 04 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

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

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración. Por último, la Sala estudiará la condena en costas impuesta a **PORVENIR S.A.**

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliada al ISS entidad a la que realizó cotizaciones entre 1983 a 1994, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLMENA S.A.** hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de junio de 1994 (f. 18 a 21 y 35 Archivos 05 y 11 ED).

- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la actora se trasladó el 12 de febrero de 1999 a la AFP COLFONDOS S.A., el 22 de julio de 1999 a COLPATRIA, el 29 de septiembre a HORIZONTE y el 01 de enero de 2014 a PORVENIR S.A. entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 48, 49 y 61 Archivo 06 ED).
- (iii) Que el 18 de marzo de 2019 la demandante solicitó entre otras cosas a PORVENIR S.A. declarar la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual, petición resuelta desfavorablemente en comunicado del día 28 de ese mismo mes y año (f.12 a 13 y 15 a 17 Archivo 01 ED).
- (iv) Que la actora solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPMPD, petición a la que no accedió dicha entidad en oficio del 09 de abril de 2013 (f. 7 Archivo 01 ED).

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 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 hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, 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 obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **COLMENA S.A.** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, con quien surtió el traslado de régimen (f. 35 Archivo 11 ED), y del suscrito por la actora a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** (f. 49 Archivo 06 ED), advirtiéndose que no se cuenta el suscrito con **COLFONDOS S.A.**, nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que 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 el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que 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 imponen el deber de información es a estos, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar 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 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 la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

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

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las 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 tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a 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.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) 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 accionante 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, 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, 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.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, 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 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 demandante, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, no existen razones jurídicas para que tanto la entidad citada, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, fondo pensional al que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por los apoderados de las AFP demandadas en sus respectivos recursos, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **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.

De igual forma, en respuesta a las apelantes, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de las entidades, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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

Frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de **COLFONDOS S.A.** respecto a la devolución de sumas ya trasladadas, como, por ejemplo, sumas adicionales de la aseguradora, y recursos obrantes en sus cuentas en favor de la demandante, 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 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, orden emitida principalmente a la AFP **PORVENIR S.A.** quien es la entidad pensional que actualmente administra la cuenta de ahorro individual de la demandante, excepto lo relacionado a gastos de administración y demás rubros como el porcentaje destinado a las primas de seguro previsional y el fondo de garantía pensional, que a pesar de ya no estar en su haber, deben, todas las AFP llamadas a juicio, restituirlos debidamente indexados y con cargo a los recursos propios.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **PORVENIR S.A.** es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes como erradamente lo entiende la apoderada de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación de la Sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 533 del 06 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de **MEDIO (1/2) SMLMV** a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
acceso judicial



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA/
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR CONSULTA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL**

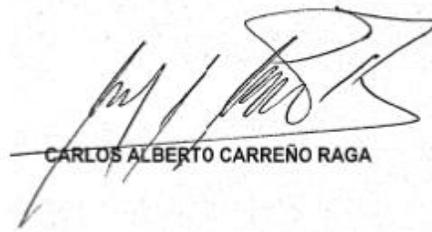
PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ESPERANZA PAYÁN HERMAN
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
LITIS CONSORCIO	PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2019-000224-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen

acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

María Nancy García García

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 010 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2b979f9a3db43b75092fdbbbc973b459d86b2c0c5c659da99c9638544bafacd2**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:45 PM

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