

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MARÍA NANCY RIOS CORREA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>LISTIS CONSORCIO NECESARIO</b>	<b>PROTECCIÓN S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-003-2021-00145-01</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 No.230**

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.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 267 del 21 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

La señora **MARÍA NANCY RIOS CORREA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1) Se declare la ineficacia 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 a PORVENIR S.A. girar a COLPENSIONES la totalidad del saldo en su cuenta de ahorro, compuesto por sus cotizaciones, bonos pensionales, prima de seguros previsionales, sumas adicionales, frutos, gastos de administración e intereses generados. 3) Que sea admitida por parte de COLPENSIONES, conservando el régimen pensional que traía. 4) Por último, solicitó condenar en costas a las demandadas.**

Mediante Auto No. 1864 del 12 de agosto de 2021, el Juzgado de primera instancia vinculó en calidad de Litisconsorte del extremo pasivo a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 08 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 2 a 24 y 5 Archivos 01 y 03 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 3 a 10 Archivo 07 ED (Colpensiones), y folios 2 a 19 Archivo 10 ED (Protección).

Mediante Auto No. 2284 del 06 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte **PORVENIR S.A.** (f.1 a 3 Archivo 11 ED).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 267 del 21 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA NANCY RIOS CORREA**. Por último, ordenó a **COLPENSIONES** que aceptara el traslado de la demandante, y condenó en costas únicamente a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

Fundamentó su decisión en que, de vieja data la Jurisprudencia ha indicado que para los fondos privados de pensiones existe una obligación de carácter profesional de asesoría y buen consejo, la cual comporta un análisis característico de los pormenores de los regímenes pensionales, llegando al punto de, incluso, desanimar al potencial afiliado, y no dar curso a su vinculación. En ese sentido, precisó que la falta de información genera un engaño, que conlleva a determinar que la decisión no fue libre y voluntaria, estando a cargo de los fondos demostrar que rindieron una correcta asesoría, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias como la SL1452, SL1421 y SL3464, todas de 2019, entre otras. Agregó que el Alto Tribunal también ha considerado imprescriptible la solicitud de ineficacia del traslado, al considerar que los hechos y estados jurídicos no son susceptibles de verse afectados por esta figura.

En ese sentido, puso de presente que, en el particular, no hay prueba indicativa de que al momento del traslado la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** entidad con la que se realizó el traslado de régimen pensional hubiese brindado a la demandante una información suficiente y calificada, con la finalidad de ilustrar a la citada sobre las consecuencias de su decisión, situación generadora de un engaño y que da pábulo a entender que no fue libre y voluntaria su decisión, lo que da paso a la declaratoria de ineficacia del traslado.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de **COLPENSIONES** recurrió la decisión, tras considerar que no le asiste derecho a la demandante para que se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual, primero porque a la fecha cuenta con más de 47 años, y segundo, porque su afiliación al RAIS goza de plena validez, ya que su manifestación de pertenecer a él fue de manera libre y voluntaria. Así mismo, sostiene que, para la época de la vinculación a la AFP, se realizó bajo el procedimiento estatuido en la Ley, ya que de haberse negado el mismo se hubiese incurrido en una violación al derecho de libre elección que le asistía.

Luego, reitera que no es posible ordenar el traslado de la aquí demandante, pues se estaría violentando lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que está demostrado que le faltan menos de diez años para adquirir su derecho pensional.

Por su parte, la togada de **PORVENIR S.A.** señaló que el traslado de la señora **MARÍA NANCY RIOS CORREA** se hizo de manera consciente, libre y voluntario, ya que así quedó consignado no solo el formulario de afiliación, sino también de los mismos traslados realizados dentro de las administradoras del régimen de ahorro individual. En esa senda, trajo a colación la Sentencia SL 3752 de 2020, que trata sobre los actos de relacionamiento, resaltando que, en los casos de vinculaciones horizontales, debe entenderse el deseo del afiliado de querer pertenecer a este régimen.

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.

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 No. 230 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, que pueden ser consultados en los archivos 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 **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 la administradora.

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, incluyendo la prima de seguro previsional. 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 en materia de pensiones, el 09 de junio de 1994 la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.**, (f. 43 Archivo 01 y Archivo 06 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la actora se trasladó el 30 de agosto de 1999 a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente el 25 de octubre de 2001 regresó a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 20 y 44 Archivos 10 y 01 ED).

- (iii) Que el 09 de abril de 2019 la demandante solicita a **PORVENIR S.A.** la nulidad de su traslado y su consecuente retorno al RPMPD, petición despachada desfavorablemente en comunicado enviado a través de correo electrónico a la actora (f.45-49 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, una 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 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.

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 resulta 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 suorios 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 los formularios de afiliación de la demandante a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS** hoy **PORVENIR S.A.** (f. 43 y 44 Archivo 01 ED), y del suscrito por la actora a **PROTECCIÓN S.A.** (f. 20 Archivo 10 ED), 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 adocinado 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, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida 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, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúnesé 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 omisión 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.

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 25 años, 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 señora **RIOS CORREA** 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 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 o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

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 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos, como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de la apoderada de **COLPENSIONES**.

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 **PORVENIR S.A.**, no existen razones jurídicas para que tanto la entidad citada y **PROTECCIÓN S.A.**, no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por la apoderada de la AFP demandada en su respectivo recurso, 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.** y **PROTECCIÓN 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, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas

por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (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, 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).

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 son 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 de ideas, habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** a que también traslade a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio de manera indexada. Igualmente, cumple adicionar dicho ordinal, a efectos de condenar a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade al RPM los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliado a dicha AFP, también de manera indexada, tal como lo explico 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 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 tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia No. 267 del 21 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero 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** debe incluir el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio debidamente indexado.
- **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, correspondientes al periodo en que la señora **MARÍA NANCY RIOS CORREA** estuvo afiliada a dicha AFP, con cargo al patrimonio propio debidamente indexado.

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

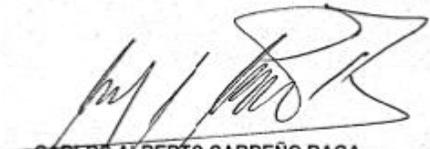
**TERCERO:** Las **COSTAS** en esta instancia están a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

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

Firma digitalizada para:  
a. Judicial  
  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MARÍA NANCY RIOS CORREA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>LISTIS CONSORCIO NECESARIO</b>	<b>PROTECCIÓN S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-003-2021-00145-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>

**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:  
Maria Nancy Garcia Garcia  
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: 4272dcec4858ae6a1e08b9351bb3ef6e61e85f5659962a002e453826564586d3

Documento generado en 27/07/2022 03:22:54 PM

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