

**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>DANILO DE JESÚS ZÚÑIGA BARBOSA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-014-2020-00189-01</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.237**

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 26 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

El señor **DANILO DE JESÚS ZÚÑIGA BARBOSA** 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 él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP demandada. **2)** Que, en consecuencia, se imponga a **PORVENIR S.A.** la obligación de trasladar a la primera todos los aportes efectuados, rendimientos obrantes en su cuenta de ahorro individual y las semanas cotizadas. **3)** Por último, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que acepte su traslado desde el RAIS.

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 32 Archivo 03 ED, y en las contestaciones militantes de folios 2 a 25 Archivo 13 ED (Porvenir S.A.) y folios 4 a 13 Archivo 14 ED (Colpensiones).

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 26 del 01 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los valores descritos en los considerandos de su decisión, imponiéndole a esta última entidad la obligación de aceptar el traslado del accionante.

Como fundamento de su decisión, hizo referencia al Decreto 656 de 1194 y 2241 de 2010, trayendo a colación una serie de Sentencias emanadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, afirmando que dada la responsabilidad que se ha impuesto a las AFP del RAIS, estas deben brindar al afiliado una información eficiente, eficaz, oportuna, completa y comprensible, agregando que el engaño se materializa no solo con lo que se afirma, sino también con el silencio que se guarda.

Luego adujo que, desde la vigencia del Sistema General de Pensiones, los fondos privados captaron un gran número de afiliados desde el Instituto de Seguros Sociales, pero este traslado muchas veces se hizo sin saber que les convenía, situación donde encaja el demandante, que adujo desconocer en realidad lo que estaba firmando a la hora de vincularse al RAIS, y si bien la AFP demandada insistió en la existencia de un traslado voluntario y espontáneo, no milita en el plenario prueba que acredite la asesoría brindada, en los términos fijados por la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral que exige de las administradoras un obrar diligente y como buenos consejeros, debiendo apartarse de la posición de las demandadas, como quiera que al actor le resulta más beneficioso estar afiliado al RPMPD, razón suficiente para declarar ineficacia del traslado, con la consecuente devolución de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, aportes voluntarios con todos sus frutos e intereses, así como la totalidad de aportes que aparecen consignados en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de **COLPENSIONES** apeló la decisión argumentando que la sentencia nada dijo acerca de la destinación de los gastos de administración, primas de seguro previsional, y demás rubros en cuentas de las AFP demandadas, toda vez que estos también deben remitirse al RPMPD, para la financiación de las prestaciones a su cargo, conforme los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que solicitó ordenar a la accionada devolver todo tipo de comisión o valor a su cargo, recibido por la afiliación del actor. En igual sentido, petitionó la absolución de las costas, como quiera que el demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS y las circunstancias en las que se dio este proceso fueron ajenas a su representada, es decir que su efectividad y validez no dependía de ella, aunado a ello, no se evidencia negligencia en su actuar que conlleve a la imposición de este emolumento, pues la negativa del traslado se sustentó en las previsiones legales y aceptarlo afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicita se revoque en su integridad la Sentencia proferida, en la medida que el deber de información que recaía en cabeza de esta entidad fue suministrada de manera verbal, pues la obligación del deber de información nace en el ordenamiento jurídico solo a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de esa misma anualidad, como quiera que fueron estas disposiciones las que obligaron a las AFP a brindar una debida asesoría a sus usuarios.

En hilo con lo anterior, señala que para la fecha de afiliación del demandante con su representada no puede predicarse una falta de información, como quiera que en ese momento reitera, no existía la obligación de hacerlo, además la parte actora contó con su derecho al retracto y tuvo por mucho tiempo la oportunidad de regresar al RPMPD, sin embargo, ello no sucedió.

Luego, y frente a lo solicitado por **COLPENSIONES**, en el sentido de que se ordene devolver una serie de emolumentos, entre ellos los gastos de administración y la suma ya pagada a las aseguradoras respecto al cubrimiento de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, adujo que esto no era posible, los primeros porque son una contraprestación al buen servicio prestado al momento de administrar los aportes sufragados por el demandante que incluso generaron rendimientos, y los segundos porque no reposan en sus arcas y son sumas ya causadas.

De otro lado, pretende se declare probada la excepción de compensación, pues al declararse la ineficacia del traslado todo vuelve a su estado original y los rendimientos deben compensarse con las devoluciones que ahora se solicitan. Por último, deprecia se revoque la condena en costas impuesta, pues su actuación se enmarcó en criterios de buena fe.

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. 237 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de la parte demandada **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 **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 del RAIS.

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

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 afiliado al ISS en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre el año de 1984 a 1998, el señor **DANILO DE JESÚS ZÚÑIGA BARBOSA** decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 22 de diciembre de 1998 (Archivo 15 ED y f. 61 Archivo 13 ED)
- (ii) Posteriormente, durante su permanencia en el RAIS, el 28 de julio del 2000 el demandante se trasladó con destino a **HORIZONTE S.A.**, regresando a **PORVENIR S.A.** en el año 2014, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 59, 62, 63 y 80 Archivo 13 ED).
- (iii) Que una vez el actor presentó solicitud de traslado al RPMPD, **PORVENIR S.A.** en comunicado del 12 de abril de 2020 despacho desfavorablemente dicha petición (f.75 a 79 Archivo 13ED).
- (iv) Que el 03 de marzo de 2020 el demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por esta entidad en oficio de la misma fecha (f. 15 a 20 Archivo 04 ED).

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones 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 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 los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 61 Archivo 13 ED), y del suscrito a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (f. 62 y 64 Archivo 13 ED), nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro,

información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, 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 el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúnese 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte al señor **DANILO DE JESÚS ZÚÑIGA BARBOSA** y este al responder a una de las preguntas de la apoderada de **PORVENIR S.A.** manifestó que había hecho uso de la facultad de retracto que le asistía, la verdad es que más allá de lo afirmado, no hay en el expediente copia del documento de anulación o retracto, y, en segundo lugar, analizado en detalle la historia laboral aportada por la AFP demandada que se encuentra folios 81 a 102 del archivo 13 expediente digital, las cotizaciones a esta entidad se reflejan a partir del mes de enero de 1999, es decir que el actor nunca regreso al RPMPD y su vinculación al RAIS quedo en firme desde la fecha de suscripción del formulario, quedando sin piso lo argumentado en el recurso de alzada por la entidad de seguridad social demandada.

En hilo con lo antelado, se observa en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re-

asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (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.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe 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 a efectos de impedir la configuración del detrimento anunciado.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta omisiva 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 las AFP accionada con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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 la AFP deba 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, 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.

En este orden de ideas, razón le asiste a la apoderada judicial de **COLPENSIONES** al argüir que la orden de devolución de recursos está incompleta, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL 4609 de 2021), por lo que 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.** que traslade a **COLPENSIONES** debidamente indexados los gastos de administración y el porcentaje de primas de seguro previsional percibidos durante el periodo en que el demandante ha estado afiliado a dicha AFP, con cargo a su propio patrimonio.

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 cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, considera la Sala que tampoco le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV. Sin costas a cargo de **COLPENSIONES** dada la prosperidad parcial del recurso.

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,

## R E S U E L V E

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia No. 26 del 01 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, a efectos de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que trasladen a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los gastos de administración y porcentaje de prima de seguro

previsional debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el señor **CARLOS ÁLVARO DELGADO RECALDE** estuvo afiliado a cada una de estas.

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

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

**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  
actos judiciales



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



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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

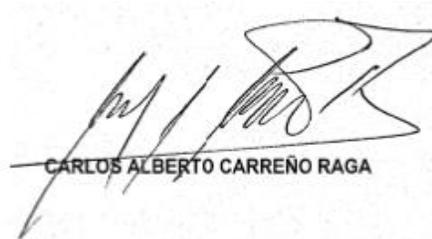
<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>DANILO DE JESÚS ZÚÑIGA BARBOSA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-014-2020-00189-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y 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 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: **fa53dc810a4e441670b57a7b46a3919d4b5cb5732466a889b23c9de948c1c9b8**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:05 PM

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