REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**MARÍA FERNANDA GARCÍA SOLIS**
DEMANDADOS	**PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**
PROCEDENCIA	**JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI**
RADICADO	**760013105001 202100664 01**
SEGUNDA INSTANCIA	**APELACIÓN Y CONSULTA**
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen**.
DECISIÓN	**ADICIONA**

SENTENCIA No.238

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 de **PORVENIR S.A**. y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 051 del 10 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA FERNANDA GARCÍA SOLIS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.,** y 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.**2)** Que, en consecuencia, se ordene su retorno a **COLPENSIONES. 3)** Así mismo, imponga a **PORVENIR S.A.** la devolución del capital ahorrado en la cuenta de la actora.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 4 a 11 Archivo 01, así como en las contestaciones militantes de folios 3 a 17 Archivo 06 ED (Colpensiones) y 2 a 24 Archivo 07 ED (Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 051 del 10 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por la demandante, al igual que bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que administró estos recursos debidamente

indexados. Por último, le impuso a **COLPENSIONES** el deber de aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales.

Como sustento de su decisión, manifestó que de antaño la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema debatido, trayendo a modo de ilustración la Sentencia SL1688-2019, en la que se aduce que desde su fundación las AFP tienen la obligación legal de garantizar al usuario, una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente, que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones disponibles en el mercado aquella que mejor se ajuste a sus intereses, indicando que esta asesoría hace referencia a una descripción amplia de las características y condiciones de cada régimen que le permitan al afiliado conocer las características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas que su traslado conllevaría.

De otro lado, señaló la Juez de Instancia, que es a la Administradora del Fondo de Pensiones del RAIS a la que le corresponde probar que, en efecto, brindó una adecuada información a su cliente, al ser ellas las que poseen el conocimiento sobre la materia.

En consecuencia, y después de analizar el caudal probatorio arrimado, concluyó que, si bien en el *sub judice* no había discusión en torno al traslado de régimen pensional efectuado por el señor **MARIA FERNANDA GARCÍA** SOLIS al RAIS, no se avizoraba que la AFP convocada a juicio hubiese realizado la asesoría en los términos descritos por la Jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declarando entonces la ineficacia del traslado de régimen acaecida.

Respecto a la excepción de prescripción formulada, manifestó que, si bien es cierto el traslado al RAIS data del año de 1996, este acto se encuentra ligado al derecho pensional, el cuál tiene carácter imprescriptible conforme al articulo 48 de la Constitución Política.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicita revocar la decisión proferida, aduciendo que si bien la declaratoria de nulidad tuvo su origen en la omisión al deber de información, también es cierto que esta obligación solo fue objeto de evolución dentro del ordenamiento jurídico a partir del Decreto 1328 de 2009, pues con anterioridad, la aplicación que se daba a estos casos era bajo lo consagrado en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de esa misma anualidad, normas que no eran tan estrictas frente al deber del buen consejo.

Así mismo, señaló que imponer a su representada a recibir de nuevo a la demandante se traduce en un perjuicio, si se tiene en cuenta que fungen como un tercero que no participó de la decisión de traslado de la actora, lesionándose con ello el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

Igualmente, sostiene que para el año que acaeció la vinculación de la señora **GARCÍA SOLÍS** al RAIS, era el formulario suscrito, la prueba idónea para demostrar la debida asesoría brindada y el consentimiento del afiliado.

Aunado a lo anterior, expresó que han trascurrido más de 20 años desde la vinculación al régimen de ahorro individual, tiempo en el cual la actora no adelantó los trámites para su regreso al RPMPD, lo que se traduce en el querer de su parte de permanecer en el mentado régimen, agregando que tampoco era viable el rechazo de su afiliación a **PORVENIR S.A.** conforme a lo estipulado en el articulo 112 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, refiere que de llegar aceptarse la decisión de trasladar a la señora **MARÍA FERNANDA GARCÍA SOLÍS** al régimen de prima media con solidaridad, se lesionaría el sistema financiero de **COLPENSIONES**, no solamente por la variación del porcentaje del aporte que se da en uno y otro fondo pensional, sino también por la falta de contribución del demandante al fondo común que financia las pensiones de los afiliados a este sistema, generando una carga a

los demás afiliados en el evento de tener que costear la pensión a la demandante, yendo en contravía del principio de sostenibilidad.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** señala que no puede darse aplicación retroactiva de la norma, toda vez que lo que le era exigible a su representada al momento de la vinculación de la demandante, corresponde a la normativa vigente para el año de 1996, por lo que es plausible afirmar que la mentada afiliación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, ya que solo es a partir del 01 de julio de 2010 que se considera obligatorio para las AFP informar por escrito los requisitos, ventajas, desventajas y monto de la pensión en cada uno de los regímenes, siendo admisible que este tipo de información se hubiera dado de manera verbal, sin que dejara de ser completa, transparente y veraz, debiéndose concluir que la decisión tomada por la demandante fue consciente y espontanea, sin ninguna presión o coacción en la medida que suscribió un formulario que cumple con todos los requisitos legales.

De igual forma, sostiene que la acción ahora incoada se encuentra prescrita, teniendo en cuenta lo establecido en los articulo 1756 del C.C., 488 del CST y 151 del CPTSS, pues no se está cuestionando el acceso al derecho pensional, ya que una cosa es referirnos a la consolidación del mismo y otra muy diferente a la ineficacia del acto.

Luego, se refirió a los emolumentos que debe devolver, aduciendo que no hay lugar a ello, especialmente los gastos de administración, pues basta solo con remitirnos a lo instituido en el articulo 1746 del C.C., que desarrolla la teoría de las restituciones mutuas, entendiendo que este rubro debe tenerse como la perdida que alguna de las partes debe afrontar en la relación jurídica suscrita.

En esa senda, también muestra su reparo sobre la orden de devolver lo concerniente a los rendimientos, pues si se entiende que el vínculo nunca existió, es decir que nunca hubo afiliación, también debe entenderse que nuca se reportaron aportes en la cuenta de ahorro individual que generaran valga la redundancia, rendimientos.

Por último, sostuvo que tampoco debía trasladarse lo concerniente a las sumas adicionales de la aseguradora, pues estos operan cuando el seguro se materializa por cualquiera de las contingencias cubiertas, esto es, invalidez o sobrevivencia, tema que no es ahora debatido en el presente litigio.

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. 238 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES., los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico 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 las administradoras llamadas a juicio.

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

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

(i) Que la señora **MARÍA FERNANDA GARCÍA SOLIS** estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1991 a 1996, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 27 de febrero de 1996, entidad a la cual se encuentra afiliada a la fecha (f.14 a 16 y 54 y 59 Archivos 01 y 07 ED).

(ii) Que el 23 de noviembre de 2021, la actora solicitó a **COLPENSIONES** decretar la nulidad de su traslado al RAIS y su regreso al RPMPD; no obstante, a través de oficio de la misma calenda se despachó desfavorablemente dicha petición (f. 36 a 40 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 acarreaban 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 allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 59 Archivo 07 ED), no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarreaba el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ "(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019). (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 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta 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 reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten 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 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 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 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, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, **todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por la apoderada de dicha entidad.**

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo de sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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 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.

Sobre las **restituciones mutuas**, punto apelado por **PORVENIR S.A.** 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, y como la decisión también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES,** habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** que también traslade a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio de manera indexada correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 4609 de 2021.

En relación con la excepción de prescripción 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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la parte resolutiva de la sentencia No. 288 del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero 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, correspondiente al periodo en que la señora **MARÍA FERNANDA GARCÍA SOLÍS** estuvo afiliada a dicha AFP con cargo a su propio patrimonio debidamente indexado.

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

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

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

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 POR CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**FLOR ALBA GIRAL TAMARA**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-015-2021-0198-01**
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen**.

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.

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: **f06d17bedd36b680740facaf6f058f47be636d9289152a1827c3fb1f6cc942a2**
Documento generado en 27/07/2022 03:23:07 PM

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