

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARMENZA ASTUDILLO OROZCO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-004-2020-00335-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No.255

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 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. 012 del 26 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **LEIDY TATIANA CORREA CARDONA** identificada con T.P. No. 288.369 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

La señora **CARMENZA ASTUDILLO OROZCO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Así mismo, se ordene a **PORVENIR S.A.** la devolución de todos los aportes cotizados, bonos pensionales, sumas adicionales juntos con sus respectivos frutos e intereses **3)** Que, en consecuencia, se ordene su retorno a **COLPENSIONES**, por último, **4)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

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 2 a 11 Archivo 02 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 21 a 44 Archivo 08 ED (Colpensiones) y 2 a 27 Archivo 11 ED (Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 012 del 26 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado

de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** efectuar el traslado a **COLPENSIONES** de todo lo ahorrado por la actora en su cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales si los hay, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todo ello con cargo a su propio patrimonio. Así mismo, dispuso que la segunda entidad enunciada recibiera a la señora **CARMENZA ASTUDILLO OROZCO**, sin solución de continuidad, sin imponerle cargas adicionales y con todos los derechos y garantías ostentadas al momento de trasladarse del RPMPD.

Como argumentos de su decisión, señaló el *A-quo* que le asiste derecho a la demandante a obtener la declaratoria de ineficacia de su traslado a **PORVENIR S.A.**, argumento que sustenta en que para dicha época se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, el cual contemplaba para las AFP la obligación de suministrar la información necesaria a fin lograr la mayor transparencia a la hora de exponer a la usuaria la mejor opción del mercado, aspecto que representaba para estas la necesidad de brindar una asesoría clara, suficiente, veraz y completa, que permitiera a la afiliada tomar una decisión ilustrada en relación con el régimen pensional a escoger, haciéndole un paralelo de las ventajas y desventajas de cada régimen, sus características, los requisitos exigidos en uno y otro para alcanzar el derecho a la pensión, diligencia de la que no se observa prueba en el expediente, pues no puede pretenderse que del formulario de afiliación suscrito por aquella se pueda tener como prueba válida para esto, pues lo único que se desprende de este documento es la vinculación libre y voluntaria, pero no que esta estuviera precedida de una debida asesoría. Así mismo, agregó, que el paso del tiempo no convalida esta afiliación, pues lo que debe demostrarse es que cuando aquel acto se dio fue proporcionada a la usuaria toda la información pertinente para la toma de su decisión.

También explicó que la ineficacia del traslado no es susceptible de ser afectada por la figura de la prescripción, en la medida en que esta no aplica para los estados jurídicos.

RECURSO DE APELACIÓN

La mandataria de **COLPENSIONES** expuso que la afiliación de la demandante fue libre y de manera voluntaria como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 692 de 1994, cumpliendo entonces su traslado de régimen con todas las exigencias legales, tal como se desprende del formulario de afiliación. Así mismo, expresa que todo el tiempo que la señora **CARMENZA ASTUDILLO OROZCO** ha estado vinculada al RAIS convalida la decisión inicial y su deseo de permanecer allí, sin que sea dable a estas alturas alegar una falta al deber de información.

De otro lado, expone que no se avizora un actuar diligente de la actora, pues no presentó derechos de petición, ni mucho menos solicitó simulaciones pensionales.

Acto seguido agregó que, en caso de ratificarse la decisión de primera instancia, solicita que los emolumentos sean devueltos de manera indexada. Por último, expone que esta administradora no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante, hecho por el cual se debe revocar la condena en costas impuesta.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, alegando, en resumen, que, al momento del traslado de la actora, la entidad cumplió con su deber de información, señalando que para esa época no existía obligación legal de dejar constancia diferente a la suscripción del formulario, documento suficiente para acreditar que el traslado se dio de manera libre y voluntaria ya que cuenta con la firma de la demandante, expresando que para la época del acto de vinculación no existía obligación legal de dejar constancia de la asesoría por escrito. Así mismo, y en esa misma senda, adujo que no les era exigible a las AFP entregar cálculos o proyecciones pensionales, lo que demuestra el cabal cumplimiento de las normas vigentes para el año del traslado de régimen por parte de la

actora, aduciendo que no resulta dable aplicar de manera retroactiva la legislación y jurisprudencia que hoy rigen a los fondos privados de pensiones, agregando que también era obligación de la afiliada utilizar todos los canales dispuestos para aclarar sus dudas, actuando con diligencia y cuidado, circunstancia que nunca sucedió pues no se tiene constancia, ni siquiera de un reproche de su parte durante todo el tiempo que ha hecho parte del RAIS.

De otro lado, alude que la señora **CARMENZA ASTUDILLO OROZCO** se ha beneficiado a lo largo de toda su afiliación de las múltiples ventajas que ofrece el régimen de ahorro individual, como pensionarse de manera anticipada o generando rendimientos en sus aportes, entre otros. Aunado a ello, señala que la accionante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado y su inconformidad no radica en el deber de información, sino en el monto de su mesada.

Luego, se opone a lo ordenado en punto a devolver lo concerniente a los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro de la afiliada, pues al declararse la ineficacia del acto jurídico del traslado, se debe entender que la demandante nunca efectuó aportes en **PORVENIR S.A.**, estos no fueron debidamente administrados y mucho menos generaron estos emolumentos.

Así mismo, sostiene que no hay lugar al traslado de los gastos de administración, pues conforme a los artículos 1746 y 1747 C.C. no puede obligarse a devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración, refiriendo que estos últimos tienen una destinación específica y es la ley la que facultada para su cobro a las AFP ante la buena administración de los dineros de la usuaria, sumas que incluso ya no reposan en las arcas de la entidad.

Por último, aduce que no hay lugar a reembolsar lo concerniente a las primas de seguros previsionales, toda vez que durante el tiempo en que la demandante ha estado vinculada al RAIS se han cubierto las contingencias de invalidez y sobrevivencia conforme a las pólizas que la AFP ha contratado, dineros que ya fueron ejecutados y que tampoco se encuentran en su poder, argumento con el que también se opone a la restitución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Porvenir, Colpensiones y la parte demandante, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 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.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, y finalmente si procede la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**.

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliada al ISS, entidad en la que realizó cotizaciones entre 1989 a 1997, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, el 30 de octubre de 1999, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 45 a 50 y 31-32 Archivos 08 y 11 ED).
- (ii) Que el 19 de julio de 2019 la demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** efectuar su traslado al RPMPD, petición despachada desfavorablemente por esta entidad en comunicado del 31 de julio de esa misma anualidad (f.89 a 91 y 93 a 96 Archivo 11 ED).
- (iii) Que así mismo solicitó el 06 de agosto de 2019 a **COLPENSIONES** permitiría su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y se declarara la nulidad de su traslado al RAIS, reclamo al que no accedió esta administradora en oficios del día 06, 08 y 13 del mismo mes y año (f. 50 a 66 Archivo 08 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 las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 31 Archivo 11 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

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, respecto de lo manifestado por la mandataria de la AFP, debe resaltar la Colegiatura que la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, pues 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 la afiliada cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por 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, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos 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 señora **CARMENZA ASTUDILLO OROZCO** 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, 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 considerar 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, que puede advertir 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.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media 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 afiliada, 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, contrario a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR S.A.** 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 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.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a que el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y a que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contempla el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto,

que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

Respecto a lo señalado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** en su recurso de alzada, en torno que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, es menester indicar que en atención a que el fondo privado está 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, habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR**, que los valores a trasladar a **COLPENSIONES** por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguros provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima se devuelvan 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, extensible en este caso. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES**, 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. 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.

Es por lo anterior que se adicionara la Sentencia de primera instancia en el aspecto descrito y se confirmara en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

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 **TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 012 del 26 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** lo recaudado por gastos de administración, comisiones, valores de las primas de seguros provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la Sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012 artículo 5°

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



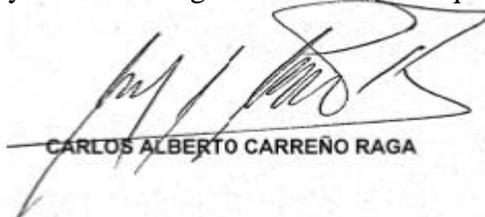
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARMENZA ASTUDILLO OROZCO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICADO	76001-31-05-004-2020-00335-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

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

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


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:
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: **e3ca160f48849e85f9633a24b24ed24ef1b37425cfe3c70c94a8e4bb22f660ee**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:39 PM

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