

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

| | |
|--------------------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO |
| DEMANDADOS | COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. |
| LITISCONSORTE | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP |
| PROCEDENCIA | JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI |
| RADICADO | 76001-31-05-009-2021-00388-01 |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN Y CONSULTA |
| TEMAS Y SUBTEMAS | Ineficacia de Traslado de Régimen. |
| DECISIÓN | ADICIONA |

SENTENCIA No.265

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 de las demandadas **PORVENIR S.A.**, **UGPP** y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de las estas últimas entidades, respecto de la sentencia No. 018 del 1 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada LINA ELIZABETH GUERRERO BENITEZ identificada con T.P. No. 333.224 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

La señora **YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.**2)** Que, en consecuencia, se ordene su regreso como afiliada al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. **3)** Así mismo, peticionó imponer a **PORVENIR S.A.** que devuelva a la primera entidad todos los dineros recibidos con motivo de su afiliación, entre estas, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir la disminución del capital de financiación de la pensión por aspectos como el pago de mesadas y cuotas de administración.

A través del Auto No. 4428 del 30 de noviembre de 2021, se integró el litigio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** (f. 1 a 2 Archivo 25 ED).

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 3 a 20 Archivo 02 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 2 a 21 Archivo 14 ED (Colpensiones), folios 2 a 37 Archivo 24 ED (Porvenir S.A.), 3 a 13 Archivo 30 ED (UGPP).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 018 del 1 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPMPD al RAIS. En consecuencia, dispuso que la señora **YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO** fuese admitida por **COLPENSIONES** sin solución de continuidad, conservando el régimen al cual tenía derecho, una vez **PORVENIR S.A.** realice el traslado de los recursos respectivos. En ese sentido, le impuso a la última trasladar a la primera entidad todos los aportes realizados por la demandante, junto a sus respectivos rendimientos financieros, incluidos los citados gastos. De otro lado, ordenó a la **UGPP** realizar las gestiones pertinentes para constituir la historia laboral de la demandante por los tiempos laborados como servidora pública y cotizados a Cajanal, conforme el resumen de la historia laboral del Ministerio de Hacienda y Crédito público, absolviéndola de los demás pedimentos del gestor.

Como sustento de su decisión, lo primero que resaltó fue que, en el caso de la demandante, esta prestó sus servicios al Hospital San Vicente E.S.E. del Municipio de Rovira - Tolima, realizando aportes a pensión en CAJANAL, para después trasladarse a **PORVENIR S.A.** Seguidamente recordó el trámite liquidatorio de la caja de previsión comentada, así como el paso de sus afiliados al ISS, y las funciones de la **UGPP**.

De igual forma, luego de recordar las pruebas arrimadas al proceso, puntualmente el formulario de afiliación suscrito por la demandante con la **AFP PORVENIR S.A.**, consideró que si bien podría decirse que aquella estuvo de acuerdo con el cambio y traslado de régimen pensional con la firma del documento en mención, no obraba evidencia en el legajo que diera cuenta de la asesoría brindada por parte de la administradora del RAIS donde se explicaran las consecuencias de su traslado, es decir, no le pusieron de presente las ventajas y desventajas que su decisión traería, exponiendo como sustento de su argumentación lo señalado de manera pacífica por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema (Rad. 33083 del 22 de noviembre de 2011).

En esa senda, reiteró no había prueba alguna que enseñara el suministro de una asesoría clara y veraz que no indujera en error al potencial afiliado. Así mismo, señaló que no se observaba comunicado alguno de parte de la AFP, donde indicaran a la señora **YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO** su potestad de retractarse de su decisión, conforme lo establece el inciso 3° literal b del artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, o la opción que tenía de regresar al RPMPD en los términos del Decreto 3800 de 2003, siendo viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, más allá de lo solicitado en la demanda en torno a la anulación por ineficacia solicitado en la demanda, en atención a la facultad de interpretación de la demanda que ostenta el Juez.

De igual forma, consideró pertinente que la **UGPP** efectuara las gestiones pertinentes a fin de constituir la historia laboral de la demandante, conforme el resumen de la historia laboral emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por último, refirió que, los medios exceptivos propuestos no estaban llamados a prosperar, aludiendo frente a la excepción de prescripción formulada por las integrantes del extremo pasivo, que, al tratarse de un tema ligado al derecho pensional, no podía operar el término trienal establecido.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **UGPP** recurrió la decisión alegando que las pretensiones de la demanda se dirigen en contra de una entidad distinta a su representada, esto es, **PORVENIR S.A.**, quien debía entregar una información veraz y completa respecto de las consecuencias del traslado de régimen pensional, trámite en el que no participó dicho ente, por lo cual insistió en la desvinculación del presente proceso, argumentos que reforzó con lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia del 14 de marzo de 2012, “Rad. 1997-22032”, en lo atinente a la legitimación en la causa por pasiva, para decir que la decisión debió ser desestimatoria. En ese sentido, expuso que el asesor de la AFP presuntamente incumplió con una de sus obligaciones legales, cuál era la de proporcionar una información adecuada, suficiente y cierta a efectos de tener como verdaderamente libre y espontánea la decisión del traslado, cuestión en la que radica la demanda, en donde se expuso que en ningún momento le fueron informadas las ventajas o desventajas de estar en el RAIS o en el RPMPD, por lo que, la decisión tomada por el Despacho debió encaminarse a esa situación, como quiera que la Unidad no incurrió en omisión alguna en relación con el traslado aparentemente viciado de nulidad.

Por su parte, la mandataria de **COLPENSIONES** dijo que, si bien es cierto que la Ley 797 de 2003 permite el traslado de los afiliados al RAIS hacia el RPMPD en cualquier tiempo, estos deben cumplir, primero, una permanencia de 5 años en el régimen del cual se pretenden desvincular, y segundo, que no les falte 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, condiciones que de no cumplirse, impiden la efectividad del traslado, pues pasa a constituirse en una desmejora para quienes si han cotizado al sistema de manera permanente y continua, al tratarse su representada de una entidad solidaria que cuenta con aportes comunes para realizar los respectivos reconocimientos pensionales. Así mismo, expresó que el traslado de la actora al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, no siendo procedente acceder a lo pretendido, más aún cuando el acto en mención mantiene su presunción de validez y surte plenos efectos, como quiera que no se probó la existencia de vicios que concluya en su anulación, en tanto fue expedido por la entidad competente, misma que observó la ritualidad legal del caso y las normas superiores regulatorias de la materia. Por último, indicó que, con el hecho de recibir a la demandante, su prohijada termina siendo afectada directa o indirectamente, toda vez que tendrá a cargo el reconocimiento de prestaciones e intereses moratorios sin haber administrado los recursos de atora.

Finalmente, la apoderada de **PORVENIR S.A.** afirmó no compartir la tesis que llevó a la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante, tras considerar que, para esa época, el año 1995, esta entidad dio cumplimiento a las obligaciones legales y materiales vigentes al momento de suscribir el formulario de afiliación, resaltando como prueba de la libertad de escogencia la exteriorización a través del formulario en comento, sin ser de recibo que después de haberse beneficiado por más de veinte (20) años de las bondades de este régimen, como los rendimientos financieros que pudieron generarse, y mucho menos la aplicación retroactiva de desarrollos jurisprudenciales de conceptos como el buen consejo y la doble asesoría, cargas nuevas en cabeza de las AFP, con lo cual se desconocen los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, como quiera que, insistió, deben mirarse las fechas de los actos primigenios de afiliación, ya que para el año 1995 el deber de información era una obligación de transparencia con los afiliados, aspecto que cumplió la entidad al suministrar una información suficiente y veraz, adjetivos que en contraste con las tesis jurisprudenciales actuales están supeditados a que no se encuentran subreglas de

análisis, al no tenerse en cuenta la buena fe objetiva de las administradoras, quienes en todo momento han cumplido con la correcta administración, destacando que el interés en estos procesos es la obtención de una mayor prestación económica posible, con lo que se vulnera el principio de igualdad compensatoria de las cargas del sistema de seguridad social, sustentada en una manifestación indefinida en la que se endilga responsabilidad por el no cumplimiento de su expectativa pensional.

En igual sentido, refirió que para la época del traslado la entidad no debía hacer proyección económica alguna o un tipo de comparativo sin tener en cuenta la capacidad de cotización de sus afiliados, aspectos que surgen con posterioridad en normativas como el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015, los cuales no eran exigibles al momento de la afiliación de la demandante.

En punto de la devolución de los rendimientos y gastos de administración, manifestó que con ello se desconocía la teoría de las restituciones mutuas del artículo 1746 del código civil, toda vez que la entidad efectuó la gestión debida de los aportes de la afiliada, por encargo propio del legislador, autorizada desde el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, emolumentos que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del cotizante, destinados específicamente a la cobertura de las gestiones en las que se ve inmiscuida la AFP para efectuar una correcta prestación del servicio público, y en tal virtud no es procedente que se ordene la devolución de los rubros, pues si el efecto jurídico de la ineficacia es hacer como si nunca hubiera estado afiliado al RAIS, tampoco se generaron estos rendimientos, caso en el que, no tendría sentido esta orden de devolución, por cuanto quebraría el equilibrio económico y generaría un enriquecimiento sin causa a cargo de una de las partes.

Una adecuada aplicación de la teoría mencionada, dijo, sería la de respetar esos efectos consolidados de las prestaciones de hacer, como son las prestaciones correlativas que no pueden restituirse, entre estas, la gestión de administración. Seguido, especificó que los gastos deben ser considerados como expensas necesarias, conforme el lenguaje de las restituciones recíprocas (Art. 965 código civil), en tanto este rubro busca garantizar y cubrir los costos de las gestiones adelantadas por los fondos en cumplimiento de un mandato legal a fin de que no se pierdan los recursos de los afiliados, teniendo como objetivo la garantía de la pensión.

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 Colpensiones, Ugpp y Porvenir, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 05 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 y si hay lugar a la devolución de todos los emolumentos que posee la administradora del RAIS en virtud del traslado realizado por la señora **YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO**.

Por último, deberá analizarse la responsabilidad de la **UGPP** de cara al regreso de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

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 demandante prestó servicios en el Hospital San Vicente E.S.E. (Rovira – Tolima), entre 1990 y 1991, tiempo en el que permaneció afiliada en materia de pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL (f. 23 a 25 Archivo 03 ED).
- (ii) Posteriormente, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 19 de diciembre de 2012, entidad en la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 20 Archivo 03 ED y 38 a 60 Archivo 24 ED).
- (iii) Que el 11 de febrero de 2021 la accionante solicitó a **COLPENSIONES** la anulación de su traslado de régimen; no obstante, a través de comunicación expedida en la misma fecha, la entidad negó este pedimento (f. 55 a 58 Archivo 03 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, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas 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 de la demandante **PORVENIR S.A.** (f. 20 Archivo 03 ED), nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, para dar respuesta a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, es importante resaltar que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con 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).

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada 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 les imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría la posible afiliada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la persona cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a 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, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la carencia de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta 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, contrario a lo señalado por las apelantes (**COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**), si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de veinte (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 la demandante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual **no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

En armonía con ello, pese a lo señalado por **COLPENSIONES**, 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 con 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 2° 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.

Valga aclarar que, como lo advirtió la Juez de primer grado, la demandante nunca estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, de hecho, se observa que registraba afiliación a CAJANAL, en su calidad de servidora pública, razón por la cual, al restituirse el *statu quo* gracias a la acreditación de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media, como lo es **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

Lo expuesto también tiene incidencia en relación con otra interviniente en el proceso como la UGPP, a la cual le fueron asignadas obligaciones de tipo pensional que en una época estuvieron a cargo de CAJANAL, pues pese a su vinculación, está claro que al momento en que la actora migró al RAIS (1995), **no tenía un derecho consolidado, lo que trasluce en que la integrada al litigio no tenga injerencia alguna en el eventual reconocimiento de prestaciones en favor de la demandante.**

Tal efecto tiene sustento en la Ley 100 de 1993 que en su artículo 52 estableció que el RPMPD sería administrado por el ISS ahora **COLPENSIONES**, mientras que las cajas del sector público o privado existentes a la vigencia de esta normativa administrarían dicho régimen **respecto de sus afiliados y mientras subsistieran**. En ese contexto, el Decreto 2196 de 2009 dispuso la supresión de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE y ordenó su liquidación, y estableció en el artículo 423 que tal entidad debía de adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguientes a la vigencia de tal decreto, a la administradora del régimen de prima media (ISS), de lo que deviene que, como se dijo en precedencia, quien debe recibir en la actualidad a la demandante es **COLPENSIONES**, por ser la entidad que actualmente está administrando el RPM, razón por la cual le asiste razón a la apoderada de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** en el sentido de precisar que este ente no se encuentra llamada a responder en la presente actuación pues no existe obligación alguna a su cargo, ni siquiera la relativa a la consolidación de la historia laboral de la actora, pues las gestiones y actuaciones administrativas encaminadas a obtener tal información deben ser adelantadas por el fondo de pensiones que la recibe mediante trámite interadministrativo, de llegar a requerirse.

Sumado a ello, resulta importante mencionar que, el tiempo público enunciado por la Juez de primer grado para efectos de ser consolidado entre 1990 y 1991, ya se encuentra plenamente certificado mediante Certificación Electrónica de Tiempos Laborados - CETIL visible a folios 23 a 25 Archivo 03 ED), expedido por el empleador, esto es, el Hospital San Vicente E.S.E., razón que, sumada a lo anterior, son motivos suficientes por los cuales habrá de revocarse el numeral sexto de la parte resolutive de la decisión confutada, para en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la **UGPP**, absolviéndola de todas las pretensiones del gestor.

Esgrimido lo anterior, 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 tanto la entidad citada 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 estas entidades, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico al RPMPD.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo de su propio peculio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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 publica que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, se reitera, todos estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues si bien, el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan 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 las administradoras 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, 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.

En este orden de ideas, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y 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, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido ordenar a **PORVENIR S.A.** que también traslade a **COLPENSIONES** porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que junto a los gastos de administración deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones

de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará parcialmente y adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una. Sin costas a cargo de la **UGPP** dada la prosperidad 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,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia No. 018 del 1 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno 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** incluya el porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexados, sumas que junto a los gastos de administración deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEXTO de la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la **UGPP**, absolviéndola de todas las pretensiones del gestor.

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

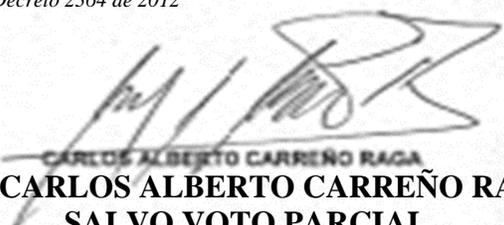
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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

Firma digitalizada para
acción judicial



FABIO HERNÁN 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**

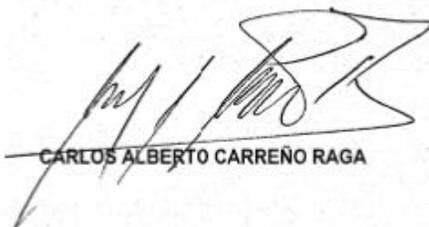
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

| | |
|----------------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | YAMINA DEL CARMEN FIGUEROA MERCADO |
| DEMANDADOS | COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. |
| LITISCONSORTE | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP |
| PROCEDENCIA | JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI |
| RADICADO | 76001-31-05-009-2021-00388-01 |

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: **9e0431594e1478606581549aa0e17d2036fa8a0645b462c678a21a3539471a82**

Documento generado en 05/08/2022 03:54:42 PM

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