

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ÁLVARO ENRIQUE RONCANCIO GONZÁLEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2021-00503-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.251

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. 041 del 23 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

El señor **ÁLVARO ENRIQUE RONCANCIO GONZÁLEZ** 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 él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se ordene a **PORVENIR S.A.** efectúe la entrega a **COLPENSIONES** del valor que se encuentre en la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, intereses y rendimientos financieros, además del porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima. **3)** Así mismo, petitionó que se ordene a la última recibirlo como su afiliado.

Mediante Auto No. 4500 del 2 de diciembre de 2021 el Juzgado de primera instancia dispuso vincular como Litisconsorte de la parte demandada a la **AFP COLFONDOS S.A.** (f. 1 a 2 Archivo 15 ED).

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda y su subsanación visible a folios 3 a 9 Archivo 02 ED y 7 a 13 Archivo 06 ED, así como en las

contestaciones militantes a folios 2 a 28 Archivo 14 ED (Porvenir), 24 a 42 Archivo 17 ED (Colpensiones), y 2 a 13 Archivo 23 ED (Colfondos).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 041 del 23 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el actor del RPMPD al RAIS. En consecuencia, dispuso que el señor **ÁLVARO ENRIQUE RONCANCIO GONZÁLEZ** fuese admitido por **COLPENSIONES** sin solución de continuidad, conservando el régimen al cual tenía derecho. Así mismo, ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a la primera entidad todos los aportes realizados por el demandante, junto a sus respectivos rendimientos financieros, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. De otro lado, absolvió a **COLFONDOS S.A.** de las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, y luego de recordar las pruebas arrojadas al proceso, especialmente los formularios de afiliación suscritos por el demandante con las **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y HORIZONTE**, adujo que si bien podría decirse que el actor estuvo de acuerdo con el cambio y traslado de régimen pensional con la firma del documento en mención, no encontró 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 pusieron de presente las ventajas y desventajas que su decisión traería, informando los puntos tanto positivos como negativos. Como sustento de su argumentación trajo a colación lo expuesto 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 que no había prueba 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 al señor **ÁLVARO ENRIQUE RONCANCIO GONZÁLEZ** la 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 solicitada, para regresar automáticamente al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, sin régimen de transición, como quiera que no cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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 de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación alegando que no se puede aplicar de manera retroactiva la norma regulatoria del caso que nos ocupa, toda vez que lo exigible a la entidad era lo establecido para el año 2003, idea desde la cual dijo, la afiliación del demandante cumplió con todos los requisitos legales, pues solo a partir del 2010 se exigió a las AFP informar por escrito los beneficios económicos en cada uno de los regímenes, aunado a que, según conceptos y circulares, era viable que la asesoría se brindase de manera verbal, y no por ello deja de ser completa y veraz, insistiendo que el traslado del actor fue libre y voluntario, sin ninguna clase de coacción, lo que llevó a la suscripción del formulario, manifestación inequívoca de la realidad del momento.

Así mismo, expuso que la acción para reclamar la ineficacia si es susceptible de prescribir, conforme los artículos 1750 código civil, 488 CST y 151 CPLSS, posición indicada por la Corte Suprema de Justicia, por cuanto lo cuestionado no es el acceso al derecho pensional, ya que una cosa es la consolidación de este, y otra es el régimen el cual se ejercerá. Seguidamente, en cuanto a la orden relativa a devolver los rendimientos, afirmó que si los efectos de la ineficacia son entender que el vínculo nunca existió, es decir, que el demandante nunca se afilió, sus aportes no fueron a una cuenta administrada por la AFP, y tampoco hubo rendimientos, razón para no devolverlos.

Luego, en punto del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, argumentó que estas sumas ya están extintas, y no reposan en la entidad para ser devueltas.

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** mostró su desacuerdo en torno a lo decidido, manifestando que al tenor del Literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el demandante realizó la elección libre de régimen pensional, circunstancia demostrada en el presente asunto, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de tal modo que, de acuerdo con estas normas y el formulario de afiliación del actor, denota que el traslado de este cumplió las exigencias legales, ratificado con los traslados entre fondos, sin que sea dable alegar que no le fue brindada la información suficiente por parte del asesor de **PORVENIR S.A.**, aunado a que tampoco se observa la configuración de ningún vicio del consentimiento.

De otro lado, precisó que, al no haber certeza de la información recibida por el afiliado, existen otros medios de prueba que permiten colegir la vocación de permanencia en el RAIS, como se desprende de sus afiliaciones a **PORVENIR** y **COLFONDOS**.

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 términos los apoderados de Colpensiones y Porvenir, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 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 que integran la parte demandada.

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

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones en el año 1991, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 30 de diciembre de 2003 (f. 43 a 46 Archivo 17 ED y f. 79 Archivo 14 ED).
- (ii) Que, durante su vinculación al RAIS, el 25 de enero de 2005 el señor **RONCANCIO GONZÁLEZ** se trasladó con destino a **COLFONDOS**, posteriormente, el 24 de agosto de 2009 decidió pasar a **HORIZONTE** (hoy Porvenir), para regresar a **PORVENIR S.A.** el 16 de noviembre de 2011, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 14 Archivo 23 ED y f. 77 a 78 y 95 Archivo 14 ED).
- (iii) Que el 5 de marzo de 2021 el demandante solicitó a **PORVENIR S.A.**, entre otras cosas, la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, petición negada por aquella entidad a través de oficio del 27 de julio de 2021 (f. 3 a 7 Archivo 03 ED)
- (iv) Igual petición elevó ante **COLPENSIONES** el 14 de octubre de 2021, a la cual no accedió esta administradora en comunicado de la misma fecha (f. 9 a 13 Archivo 03 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el 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 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, en especial, el certificado Siafp de Asofondos y los formularios de afiliación suscritos por el actor a **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE** (hoy Porvenir) (f. 77 a 79 y 95 Archivo 15 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...) (Sentencia SL2817-2019).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado 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 información brindada.

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, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; 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.

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

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la 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.

Valga anotar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 15 años, e incluso registra traslados a varias AFP, esta circunstancias por sí solas no le otorgan la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la 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).

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con el accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal 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 a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad el actor, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por la apoderada de esa demandada en su recurso, constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico de tal entidad, quien deberá asumir más adelante el reconocimiento de las prestaciones que se causen en favor del actor.

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

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrados allí 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, en contravía de lo señalado por la apoderada de **PORVENIR**, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por ambas AFP demandadas, pues pese a que,

tanto 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 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, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, 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 deben 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).

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, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Sobre las restituciones mutuas, punto referido por la apoderada de **PORVENIR**, cumple indicar 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 el actor.

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 del 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.** y a **COLFONDOS S.A.** que trasladen debidamente indexados a **COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad, con cargo a su propio patrimonio.

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. En este sentido expuso su posición la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de ellas.

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. 041 del 23 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** que trasladen a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexados, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a cada una, con cargo a su propio patrimonio.

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

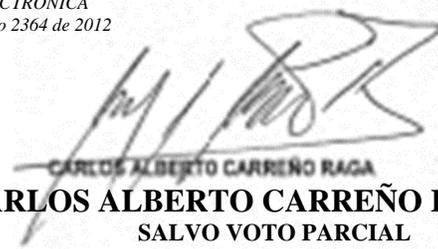
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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

Firma digitalizada para
actuación 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	ÁLVARO ENRIQUE RONCANCIO GONZÁLEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2021-00503-01

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: **3836091072ac4d965e0bd46f9e831e4a770ce276699346b46ec1313fb2c38467**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:35 PM

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