REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-004-2020-00371-01**
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen**.
DECISIÓN	**CONFIRMA**

SENTENCIA n°. 011

Santiago de Cali, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, como Magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 112 del 03 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro

individual con solidaridad. **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, como también los gastos de administración **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 1 a 9 Archivo 03 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 24 a 41 Archivo 10 ED (Colpensiones) y 2 a 24 Archivo 11 ED (Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia n° 112 del 03 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS. En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** efectuar el traslado a **COLPENSIONES** de todo lo ahorrado por el actor 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 debidamente indexado y con cargo a su propio patrimonio. Así mismo, dispuso que la segunda entidad enunciada recibiera al señor **FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS**, 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 al demandante a obtener la declaratoria de ineficacia de su traslado a **PORVENIR S.A.,** argumento que sustenta en que para la época en que ocurrió el traslado de régimen pensional se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, el cual contemplaba en su artículo 97 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 al afiliado 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 el formulario de afiliación suscrito por aquel se pueda tener como prueba válida para esto, pues lo único que se desprende de este documento es una manifestación sobre la vinculación libre y voluntaria, pero no que esta estuviera precedida de una debida asesoría e informada.

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 judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad frente a la orden de devolver los gastos de administración, aduciendo que de cada aporte que realiza el demandante, un 3% es destinado para cubrir este rubro, descuento debidamente autorizado por la Ley y que debe entenderse como la retribución al buen servicio prestado por la AFP del RAIS, agregando además que, al decretarse la ineficacia del traslado solo habría lugar a devolver los aportes consignados en la cuenta del ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos.

En torno a los seguros previsionales, indicó que estos dineros ya fueron destinados a cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia durante el tiempo que ha permanecido afiliado el señor **FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS** a **PORVENIR S.A.,** y se entregaron a la compañía de seguros especializada en este tema. Así mismo, sostuvo que tampoco hay lugar a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues este emolumento no se encuentra en las arcas de su representada.

Por todo lo anterior, solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, solo se ordene devolver los aportes pensionales realizados por el actor con sus rendimientos.

La togada de **COLPENSIONES** expuso que el negocio jurídico suscrito entre el demandante y la AFP hoy accionada es totalmente ajeno a su representada, hecho por el cual debe tenerse a esta entidad como un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en la decisión libre, espontánea y sin presiones que tomó el demandante, óptica bajo la cual debe considerarse que la obligación de la debida asesoría solo recaía en cabeza de **PORVENIR S.A.**

De otro lado, sostuvo que permitirse declarar la ineficacia del traslado de personas que han permanecido por largos años en el régimen de ahorro individual, no solo significa desconocer la coexistencia de los regímenes pensionales, sino también permitir que este grupo de personas gocen de beneficios que no les corresponde, poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema y el derecho pensional de los demás afiliados, esto con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1024 de 2004.

De igual forma, dijo que todas las actuaciones desplegadas por C**OLPENSIONES** han estado investidas de buena fe y la negativa para recibir al demandante de nuevo en el RPMPD se deriva única y exclusivamente del cumplimiento del deber legal contemplado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, como quiera que la entidad no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

Finalmente, expresó su descontento frente a la condena en costas impuesta, indicando que **COLPENSIONES** no le adeuda suma alguna al actor y no se observó un actuar negligente por parte de su representada, pues la negativa de acceder al traslado se basa en la normativa existente y aplicable al caso bajo estudio.

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 n°. 032 del 12 de enero de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a la contestación y alzada, 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 para 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 hay lugar a 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 afiliado al ISS, entidad en la que realizó cotizaciones entre 1979 a 1993, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, el 24 de noviembre de 1994, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 42 a 45 y 74 y 117 Archivos 10 y 11 ED).

(ii) Que el 05 de agosto de 2020, el demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** entre otras cosas, realizar su traslado al RPMPD, petición despachada desfavorablemente por esta entidad en comunicado del 26 de agosto de esa misma anualidad (f.3 a 7 y 133 a 136 Archivo 11 ED).

(iii) Que así mismo, solicitó el 27 de julio de 2020 a **COLPENSIONES** permitirle 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 oficio de la misma calenda (f. 46 y 49 Archivo 10 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones 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 encontraban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas,

mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 74 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 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 informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, 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 al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría la aspirante vinculación en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante, de su relato no se logra extraer confesión alguna que lo perjudique.

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 al usuario la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora**,** si bien el demandante lleva afiliado 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 el señor **FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS** 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 le 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 enarbolada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten 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 del 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 la demandada **COLPENSIONES**.

En este orden, 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 del demandante, pues no retornarlos, constituiría un enriquecimiento sin causa para **PORVENIR S.A.**, 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 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 a 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.

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

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima

media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza 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.

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 (CSJ SL1377-2022, SL1361-2022).

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**, 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 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 tienen relación con 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 confirmara la Sentencia de primera instancia. 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 un (1) SMLMV para 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 112 del 03 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES,** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FAVIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVO VOTO PARCIAL 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	**FARLEY ENRIQUE MOSQUERA VIVEROS**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-004-2020-00371-01**
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen**.

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

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

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.

2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.

3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).

4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.

5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.

6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.