

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELIZABETH MURILLO DELGADO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2021-00074-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA n°. 014

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, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia n° 540 del 13 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH MURILLO DELGADO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) Se

declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se entienda afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. **3)** Seguidamente, solicitó que se imponga a **PORVENIR S.A.** la obligación de trasladar a la primera los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas en el RAIS, disponiéndose a la receptora que acepte su reingreso con los citados recursos.

En subsidio de la nulidad peticionada, **4)** Deprecó la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, junto a las consecuencias de ser recibida en el régimen de prima media con el correspondiente traslado de los recursos descritos anteriormente por parte de la AFP.

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 visibles de folio 4 a 25 Archivo 03 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 46 a 68 Archivo 07 ED (Porvenir), folios 2 a 20 Archivo 08 ED (Protección) y folios 3 a 16 Archivo 11 ED (Colpensiones).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n° 540 del 13 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos, e incluyendo los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Así mismo, dispuso que la última acepte los recursos provenientes del RAIS, y active la afiliación de la demandante.

Fundamentó su decisión en que, el derecho a la seguridad social está definido a la luz del artículo 48 CN como un servicio público y de carácter obligatorio, desarrollado por la Ley 100 de 1993 creadora del Sistema General de Pensiones, integrado por 2 regímenes, solidarios y excluyentes, como son el RPMPD y el

RAIS, teniendo importancia en este ámbito que las AFP suministren la información necesaria para lograr la mayor transparencia a fin de lograr de parte del afiliado, que se tome una decisión informada, y en ese caso, escoger las mejores opciones de mercado, con elementos de juicio claros y objetivos, conforme lo señalado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Así mismo expuso, surge dentro de este esquema el deber de información en favor del consumidor financiero y a cargo de las AFP (Ley 1328 de 2009), que les impone la obligación de brindarle a aquel la información completa sobre las alternativas y la afiliación al sistema de multifondos, beneficios e inconvenientes de la toma de decisiones en cualquier de los regímenes. Seguidamente, indicó que conforme la Ley 1478 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circulares Externa n° 016 de 2016, se impuso el deber de la doble asesoría para ser asesorado por personal de ambos regímenes.

Aunado a ello, recordó la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente al tema estudiado (CSJ SL1421-2019 y SL1452-2019), que pone de presente la obligación de las AFP de informar de manera adecuada a los afiliados desde la antesala de la afiliación, hasta el cumplimiento de las condiciones para el disfrute pensional, de forma completa y comprensible, con el alcance de quien sabe las consecuencias mayúsculas de una decisión como lo es la selección del régimen pensional, bajo la premisa del deber del buen consejo, y ampliamente ilustrativo, al punto incluso de llegar a desanimar a la persona, debiendo la AFP demostrar que cumplió con ese compromiso de información.

En consecuencia, consideró que en el particular las AFP demandadas no demostraron haber suministrado a la actora información clara, suficiente y calificada sobre las consecuencias que acarrearía el traslado, ni que se le hubiera brindado la doble asesoría, razón por la que hay lugar a declarar la ineficacia de este.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** recurrió la decisión sostuvo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por decisión propia, como lo demuestra la firma en el formulario de afiliación a cada uno de los fondos demandados, sin enrostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones efectuadas a estos, razón por la cual son aquellos los encargados de resolver su situación pensional. Expuso que el Decreto 2071 de 2015, menciona que las AFP deben proporcionar

a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales, para lo cual los afiliados podrán acudir a los canales de comunicación habilitados (Circular Externa 016 de 2016), condición que no aplicaba en el caso de la demandante, dado que su afiliación fue anterior al precepto citado. Seguidamente, expuso que la declaratoria de ineficacia de manera injustificada afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones, y pone en peligro el derecho de los demás afiliados, citando como sustento de su postura apartes de la Sentencia T-489 de 2010.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, apuntó principalmente en contra de la orden tendiente a la devolución de los gastos de administración, al considerar que el descuento de estos está autorizado por la Ley, no siendo procedente efectuar el retorno de estos valores, pues aclara que, en estos casos, solo es procedente la entrega de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos, pero de ningún modo las comisiones ya causadas, y deducidas como contraprestación a la buena gestión de la entidad; aunado a que el porcentaje destinado a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia ya se encuentra agotado, solicitando que, solo se disponga la devolución de los aportes y sus rendimientos.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** señaló que la afiliación se dio en cumplimiento de los requisitos legales, sin incurrir en una falta al deber de información, pues conforme a la normatividad, las AFP debían brindar una información, que fue otorgada a la actora, y en virtud de la claridad del panorama brindado fue que aquella suscribió un formulario de afiliación, que además de no ser tachado de falso, cumple con todos los requisitos legales, y de paso con los requerimientos de la Superintendencia Bancaria, siendo muestra fehaciente de la voluntad de afiliarse, al igual que de la información brindada.

Indicó que el Despacho pretendió aplicar retroactivamente de la norma regulatoria del caso que nos ocupa, con aspectos que solo surgieron con normas como el Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015, Ley 1748 de 2015, y la Jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de 2008. En ese sentido, insistió en que no hubo omisión en punto al deber de información por parte de esta entidad, y, en consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, más cuando de la demanda se colige que la inconformidad es con la posible mesada pensional.

Luego, se refirió a los efectos de la ineficacia, esto es, tener como si los actos nunca se hubieren realizado, caso en el cual no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, que fueron descontados por autorización legal, utilizados para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sumas que, de trasladarse a **COLPENSIONES**, implicarían un enriquecimiento sin justa causa en favor de esta.

También se opuso a la devolución de los porcentajes destinados a las primas de seguros previsionales, como quiera que, durante su afiliación, la demandante estuvo amparada en los riesgos de invalidez y muerte, sumas que fueron pagadas a las aseguradoras, encontrándose ya causadas. De igual forma, sostuvo que la acción ahora incoada se encuentra prescrita, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, especialmente frente al ítem de los gastos de administración que no están destinados a la financiación 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 n°. 006 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 **PROTECCIÓN 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 la administradora del RAIS.

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, y prima previsional de seguros.

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

CONSIDERACIONES

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

- (I) Que estando afiliada al ISS, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 17 de enero del 2000 (f. 4, 6 y 7 Archivo 04 ED).
- (II) Que, durante su permanencia en el RAIS, el 12 de junio de 2003, la demandante volvió a cambiar de AFP esta vez con destino a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 5 a 14 Archivo 05 ED).
- (III) Que el 19 de enero de 2021, la demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** su traslado desde el RAIS al RPMPD, petición a la que no accedió esta demandada en respuesta del día 23 de enero de la misma anualidad (f. 19 y 22 a 24 Archivo 04 ED).
- (IV) Así mismo, el 25 de enero de 2021, la señora **MURILLO DELGADO** suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 20 a 21 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones 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 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 los formularios de afiliación de la demandante a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.** (f. 4 a 5 Archivo 04 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de

“afirmaciones o negaciones indefinidas”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

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 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 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 cuáles serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

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

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en

perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada 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 re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen, 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 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 se deban retornar todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y

primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandada.

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 **PORVENIR S.A.**, fondo al que se encuentra afiliada la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir 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 a los recursos del RPMPD, anunciados por la apoderada de COLPENSIONES.**

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.** y **PROTECCIÓN 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.

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 la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar

estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, pues pese a lo señalado por la apoderada de esta última AFP, 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 administradora del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la parte actora.

En relación con la excepción de prescripción, punto apelado por la mandataria de **PORVENIR S.A.**, de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso a las obligaciones económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia y a cargo de la AFP (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la Sentencia confutada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una.

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 n° 540 del 13 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELIZABETH MURILLO DELGADO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2021-00074-01
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.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA