

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SANDRA EUGENIA PÉREZ CARVAJAL
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2021-00669-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA n°. 019

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 el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia n° 050 del 23 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **SANDRA EUGENIA PÉREZ CARVAJAL** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1) Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado**

por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente por **PORVENIR S.A.** 2) En consecuencia, se acepte su traslado al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a la última AFP mencionada, trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de aportes pensionales y rendimientos obrantes en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración. 3) 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 3 a 25 Archivo 13 ED (Porvenir), folios 3 a 45 Archivo 14 ED (Protección), y folios 6 a 23 Archivo 15 ED (Colpensiones).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia n° 050 del 23 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del RPMPD al RAIS, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, al igual los rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar. Así mismo, les impuso a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** la devolución de los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades.

Fundamentó su decisión en que, si bien con la suscripción del formulario de afiliación se aceptan las condiciones de determinado régimen pensional conforme lo define el artículo 11 del Decreto 693 de 1994, dicha normatividad plasma de manera expresa que la vinculación del afiliado se haga de manera libre y voluntaria, aunado a lo decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia STP12082-2019, relativa a que no es suficiente de la simple suscripción del formulario, extraer la existencia del consentimiento informado, al ser un formato preimpreso del que no contiene la información que fue suministrada al usuario.

Además, dijo que conforme la Jurisprudencia, no importa si la persona tiene una expectativa de pensionarse en el RPMPD, porque lo requerido es que conozca las consecuencias de su traslado para la validez de dicho acto, ya que pese a la coexistencia de regímenes, hay diferencias entre cada uno, entre la forma de financiación y las condiciones para liquidar la pensión de los afiliados, supuestos que pueden desencadenar aspectos adversos respecto de los intereses del afiliado, circunstancias que era necesario que el usuario conociera antes del traslado de manera clara, concreta y completa, para garantizar el derecho a la libre escogencia de régimen, ya que si bien la falta de información no constituye un engaño, la AFP tiene que acreditar que esa información fue brindada. De otro lado, indicó que, si bien es cierto la exigencia de una proyección pensional nació con la Ley 1748 de 2014, este no es un supuesto exigido en el proceso, sino el cumplimiento de lo establecido en el Decreto 663 de 1993, que establece para las entidades brindar una información razonable y adecuada, conociendo el alcance de sus derechos y obligaciones del vínculo contractual que los uniría.

En ese orden de ideas, al no demostrarse que a la demandante le hubiesen entregado la información para conocer el alcance de sus derechos y obligaciones, no puede entenderse que su decisión hubiere sido libre, dando paso a dejar sin efecto su afiliación al RAIS (SL1688-2019, SL2817-2019 y SL5686-2021), aludiendo que la Sala Permanente de Casación Laboral de la CSJ consideró la improcedencia de aplicar la tesis de los actos de relacionamiento en la ineficacia del traslado, la cual tampoco es susceptible de prescribir.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, específicamente en punto a la orden de devolver los gastos de administración, sumas destinadas al pago del seguro previsional y la condena en costas. Para ello argumentó que es la legislación la que autoriza este descuento como contraprestación a la buena administración de los aportes realizados por el afiliado, conforme lo consagrado en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, que aplica en el RPMPD y el RAIS, sumado a que la entidad administró los recursos de la actora con la mayor diligencia y cuidado, en su calidad de entidad financiera, lo cual se ve reflejado en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual. En ese sentido, arguyó que, de mantenerse la decisión, únicamente es

posible devolver los aportes existentes en la cuenta, pero no los gastos de administración y rendimientos, toda vez que se tratan de comisiones ya causadas.

De igual modo, invocó el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas, para decir que, si la consecuencia de la ineficacia es considerar que el contrato de afiliación nunca existió, esta AFP no debió administrar los aportes de la demandante, los rendimientos no se causaron, como tampoco hubo cobro de gastos de administración, sin que pueda desconocerse los frutos y mejoras generados, en este caso, producidos con la gestión de la AFP, y de mantenerse esta orden, ello constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, al partir de una interpretación no acorde con la Jurisprudencia y la ley, en detrimento del patrimonio de una de las participantes del contrato declarado nulo.

Así mismo, se opuso a la devolución de lo invertido en primas de seguros previsional, descuento también autorizado, utilizado para la financiación de pensiones de invalidez y sobrevivientes reglamentada desde el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, contingencias que nada tienen que ver con la pensión de vejez, dineros que, aseguró, además, se remitieron a las aseguradoras correspondientes, por lo que insiste en que no deben ser devueltos.

Por último, expresó inconformismo con la condena en costas, al decir que, si bien resultaron vencidos en juicio, ello ocurre por una construcción jurisprudencial posterior a la afiliación de la demandante.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** apuntó principalmente en contra de la orden tendiente a la devolución de los gastos de administración y el porcentaje destinado a las primas de seguro previsional y el fondo de garantía de pensión mínima, al considerar que el descuento equivalente al 3% está destinado precisamente a cubrir los gastos de administración, no siendo procedente efectuar el retorno de estos valores, pues aclara que, estos dineros son descontados con base en lo establecido en la Ley, para manejar la cuenta de ahorro de la

demandante, generando así unos rendimientos durante el tiempo de afiliación de la actora, y en casos en los cuales se declare la ineficacia del traslado, 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, aunado a que el porcentaje destinado a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia ya fueron pagados a las aseguradoras, al igual que lo concerniente a lo destinado para el fondo de garantía de pensión mínima.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n°. 008 del 11 de enero de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Porvenir S.A. en términos similares a la contestación yalzada, el cual puede ser consultado en el archivo 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 las administradoras.

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 afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1987 y 1997, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 16 de octubre de 1997 (f. 52 Archivo 14 ED y Archivo 02 ED).
- (ii) Que el 13 de septiembre del 2000, la demandante se trasladó de fondo pensional en el RAIS con destino a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 91 a 93 y 105 a 143 Archivo 13 ED).
- (I) Que el 10 de diciembre de 2021, la señora **SANDRA EUGENIA PÉREZ CARVAJAL** suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 22 a 23 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se 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 pudiese 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 público y privado 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 los formularios de afiliación de la demandante a AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** suscrito por la aquella (f. 52 Archivo 14 ED y f. 93 Archivo 13 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, 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).

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.

Y es que, 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 representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la afiliada como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, 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 administradora del RAIS, de otorgar a la usuaria toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción 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 para la afiliada.

Ahora, respecto a que la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, 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 reasesoría,**

pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la 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 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 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 la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad 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 evitar la configuración de traumatismos económicos en la entidad receptora.

Sobre este último tópico, en relación con los argumentos de la apelación, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta omisiva 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 deberás ser asumidos por las AFP demandadas, con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículos 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.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por las AFP demandadas, pues pese a lo señalado por los apelantes, si bien el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

Luego, frente a los **rendimientos** habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen

de prima media también habrían tenido que generarse, 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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del 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** expuestas en la alzada, 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, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **PROTECCIÓN**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes anteriores al proceso, como erradamente lo entiende su apoderado.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de 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° 050 del 23 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
efectos judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
efectos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Ordinario.
Demandante: SANDRA EUGENIA PÉREZ CARVAJAL
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO
Radicado: 76001-31-05-012-2021-00669-01
Apelación y Consulta



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTA PARCIAL POR CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



[Salto de ajuste de texto] RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SANDRA EUGENIA PÉREZ CARVAJAL
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2021-00669-01
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