

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELSA DOLORES LOBOA CAMPO
DEMANDADOS	COLFONDOS SA, PORVENIR SA Y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-011-2019-00329-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 211

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 009 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderados de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia No. 265 del 09 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ELSA DOLORES LOBOA CAMPO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Se ordene su retorno automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. **3)** Así mismo deprecó, se imponga a **PORVENIR S.A.** la obligación de trasladar a la primera todos sus aportes y rendimientos. **4)** Por último, reclamó condena en costas para las accionadas.

A través de auto No.0516 del 18 de febrero de 2020 se ordenó vincular al presente trámite a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por ser la entidad con la que la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual.

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 9 a 18 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 106 a 111 (Colpensiones), 159 a 178 (Porvenir S.A.) Archivo 01 ED, y Archivo 09 (Colfondos).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 265 del 09 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos. Acto seguido, ordenó también a esta AFP y a **COLFONDOS S.A.**, la devolución de todas las comisiones y gastos de administración, incluido el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional, por el tiempo en que estuvo afiliada la demandante a cada una de estas entidades de manera indexada, entendiéndose válidamente afiliada al régimen de prima media.

Como fundamento de su decisión, manifestó que la Ley radica en cabeza de las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, que surgen tanto en las etapas previas como preparatorias a la formalización de su afiliación a dicha entidad, razón por la cual la responsabilidad debe otorgarse a instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia en la materia.

Por lo anterior sostuvo el Juez de Instancia, es que se ubica a las Administradoras de Pensiones en el campo de la responsabilidad profesional, toda vez que el servicio que prestan concierne al interés público desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 superior, de ahí que su actuar debe ser diligente, prudente y revestido de pericia, para así poder dar cabal cumplimiento a las obligaciones señaladas en la ley, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Bajo esa senda, señaló el *A quo* que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador que, por ley debe ser experto, y un afiliado lego que, en cambio, no tiene esa obligación legal, indicando que al tratarse de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como lo es la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, hecho que genera a la administradora el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información e ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, esto con fundamento en la pacífica línea Jurisprudencial que ha adoptado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema debatido.

En ese sentido, consideró que, dentro del cúmulo de pruebas arrojadas al proceso, no se demostró por parte de **COLFONDOS S.A.** que le hubiere proporcionado a la accionante una información veraz y suficiente, donde le pusiera de presente los beneficios e inconvenientes, así como las consecuencias negativas de su traslado, es decir, no expuso situaciones relativas al disfrute de la pensión en uno y otro régimen, monto de la mesada, diferencia en el pago de aportes, entre otras, estando demostrado entonces un actuar falaz por parte de la AFP, lo que trae de suyo la declaratoria de ineficacia del traslado realizada por la señora **ELSA DOLORES LOBO CAMPO** al RAIS.

Por último refirió, que los medios exceptivos propuestos no estaban llamados a prosperar, aludiendo frente a la excepción de prescripción formulada por las integrantes del extremo pasivo que tanto la esgrimida bajo los presupuestos del Código Civil para los actos jurídicos nulos, como la trienal que dispone el CPT y la SS no tienen asidero jurídico en el asunto bajo examen, habida cuenta que en casos como el estudiado no es aplicable la figura extintiva, por cuanto sus efectos se tornan regresivos a los principios de irrenunciabilidad y progresividad, propios del sistema de pensiones

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, pidiendo la revocatoria puntual de la orden tendiente a devolver los gastos de administración, ya que considera que las actuaciones de la entidad han estado ceñidas a la Ley, aseverando que la comisión por el manejo de los aportes obligatorios de los afiliados se deriva de la buena administración de los fondos de pensiones a dicho capital, y como contraprestación a esa gestión; advirtiendo que son de consagración legal, hecho por el cual las AFP están autorizadas para cobrar ese porcentaje, agregando que con dicho rubro se cubre la cuota del seguro previsional que debe ser obligatoriamente contratado con las diferentes compañías aseguradoras, quienes son las que tienen en sus arcas estas erogaciones.

Bajo el mismo argumento anteriormente plasmado, se opone también a la devolución de las sumas adicionales.

Por su parte la togada de **PORVENIR S.A.** sostuvo que, si bien no fue con esta entidad que realizó la demandante el traslado de régimen pensional, para la época en que tuvo lugar dicha acción no existía imperativo legal que obligara a las AFP a dejar por escrito constancia de la asesoría suministrada, siendo el formulario suscrito la herramienta apropiada para demostrar que sí se le puso de presente una información veraz y suficiente para que la accionante tomara su decisión de afiliarse al RAIS de manera libre y voluntaria.

En igual sentido, refirió que la demandante presenta un traslado horizontal entre entidades del mismo régimen, lo que enseña la aquiescencia de la actora de permanecer allí, sin que tampoco se logre establecer que durante todo el tiempo que ha estado afiliada hubiese demostrado su inconformismo a través de reclamos o quejas, reiterando que con la suscripción del formulario queda demostrada la decisión deliberada de pertenecer al régimen de ahorro individual.

Luego, advierte que si se llega a confirmar la decisión proferida por el *A quo* no debe ordenarse la devolución de los rendimientos generados sobre el capital ahorrado por la actora, pues al declararse nulo el acto de afiliación debe entenderse que estos emolumentos tampoco existieron, argumento con el que también se opone a la restitución de los gastos de administración pues estos se hicieron como contraprestación al servicio prestado, generando un detrimento a las arcas de la entidad y un enriquecimiento a favor de la señora LOBOA CAMPO.

De otro lado, se opone a la condena impuesta sobre la devolución de las primas previsionales, aduciendo que desde que se encuentra afiliada a esta entidad, la demandante siempre ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte lo que demuestra que estas sumas cumplieron con su fin, resultando improcedente su devolución.

Finalmente, muestra su inconformismo frente a que dichas erogaciones sean devueltas de manera indexada, pues si lo que se quiere es evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, esto se encuentra compensado con los rendimientos causados.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término el apoderado de Porvenir S.A., los que pueden ser consultados en el archivo 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS 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 incluyendo los rendimientos y la prima de seguro previsional.

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 señora **ELSA DOLORES LOBOA CAMPO** decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 14 de diciembre del 2000, (f.181 Archivo 01 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la actora se trasladó el 11 de junio de 2004 a la **AFP PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 184-185 Archivo 01 ED).
- (iii) Que la demandante solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, petición resuelta de manera negativa a través de oficio del 05 de abril de 2019 (Carpeta Administrativa Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por la afiliada 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 a la afiliada 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, primero no se allega, por parte de **COLFONDOS** prueba del formulario de filiación del cual se pueda corroborar la información suministrada, y segundo, del suscrito por la actora a **PORVENIR S.A.** (f. 184 Archivo 01 ED), nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que 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 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 informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él 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 a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tome 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 de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante 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).

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 la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.** entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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 demandante, 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 COLFONDOS S.A., no existen razones jurídicas para que 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, contrario a lo argüido por las apoderadas de las AFP demandadas en sus respectivos recursos, constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico al RPMPD.

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

De igual forma, en respuesta a las apelantes, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de las entidades, 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).

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

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

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.

Respecto a lo señalado por la **AFP PORVENIR** en su recurso de alzada, en torno a la oposición de que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, es la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL 4609 de 2021, la que advierte que las sumas a reintegrar a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios; sumas estas que se distinguen de los aportes para pensión de vejez, que son

sobre los que se causan los rendimientos, y por los cuales, en consideración a tales frutos o réditos, no se ordena ningún tipo de actualización.

En relación con la excepción de prescripción 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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLFONDOS S.A** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 265 del 09 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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

Firma digital para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVOVOTO POR LA CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

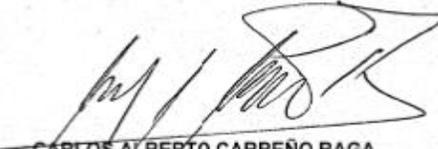
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ELSA DOLORES LOBOA CAMPO
DEMANDADOS	COLFONDOS SA, PORVENIR SA Y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-011-2019-00329-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

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

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:
Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ec076e93eb322b572a89b1d463919c3e0e6c196e00d934f8723e3149c60cf973**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:38 PM

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