



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA 52

(Aprobado mediante Acta del 23 de enero de 2023)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310501820210014801
Demandante	Vicky Magali Oviedo Avila
Demandada	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Santiago Muñoz Medina, para actuar en representación de Colpensiones, y a su vez, se reconoce personería jurídica a la abogada Sandra Milena Parra Bernal quien se identifica con T.P. 200.423 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali, el día 9 de febrero de 2023, la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO, obrando de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 por medio de la cual establece la vigencia permanente del primero, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Para empezar, pretende el demandante que se declare la nulidad de la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, administrado por Protección S.A., como consecuencia, que se ordene la afiliación automática a Colpensiones. Así mismo, que se ordene a Protección S.A., que

traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados junto con los rendimientos.

Lo anterior basado en que inició su vinculación laboral en el año 2000 fecha para la cual se afilió a Protección S.A., pero que no recibió una debida asesoría sobre las implicaciones o consecuencias del mismo, por otro lado, manifestó que en febrero de 2021 solicitó ante Colpensiones afiliación al RPMPD pero que le fue negada la solicitud, indicó además que el 8 de febrero de 2021 elevó reclamación de nulidad de la afiliación ante Protección S.A., pero que fue rechazada.

CONTESTACIÓN POR PARTE DE LAS DEMANDADAS

Colpensiones, se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no se ha declarado ni probado vicio en el consentimiento de la afiliación del demandante al RAIS. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación y genérica.

Por otro lado, Protección S.A., se opuso a las pretensiones bajo el argumento que al momento del traslado se cumplió con los requisitos legales; además, que se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección s.a., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa , inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe , buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, a través de la sentencia 141 del 18 de mayo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas y la ineficacia de la vinculación inicial que la demandante realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Ing hoy Protección S.A.; condenó a Protección S.A., a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de

la accionante, como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios si lo hubiere, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, condenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, ordenó que las mismas también deberían ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio y ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales; y condenó a Protección S.A. y a Colpensiones al pago de agencias en derecho en la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una.

Lo anterior, basada en que la demandante no recibió una debida asesoría sobre las consecuencias del traslado de régimen por parte de las entidades demandadas al momento de efectuarse el mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Colpensiones, interpuso y sustentó el recurso de apelación únicamente respecto de la condena en costas por considerar que Colpensiones no participó en el acto de afiliación, además que la afiliación realizada fue debidamente constituida, además indica que no se probó vicios del consentimiento al momento del traslado de régimen, y que Colpensiones no es responsable de los actos realizados por la afiliada por lo que solicita sea absuelta de la condena en costas, mencionando para ello distintos pronunciamientos en ese sentido proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto y de Bogotá.

Por su parte el apoderado judicial de Protección SA interpuso y sustentó el recurso de apelación, específicamente frente a la orden de trasladar los gastos de administración, por tratarse de comisiones causadas durante la administración de la cuenta de ahorros individual del afiliado, y que los mismos fueron realizados conforme a la Ley como contraprestación de una buena gestión de administración, en el mismo sentido se opone al traslado de los descuentos realizados por seguro provisional.

Luego, apuntó su recurso a que, como consecuencia de la ineficacia del traslado, debe retrotraerse todo a su estado anterior, circunstancia por la que debe entenderse que la demandante nunca tuvo una cuenta de ahorro individual, y como consecuencia jamás se generaron dichos emolumentos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, las partes presentaron escrito de alegatos. Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta Corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, dicha revisión debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación. Frente al punto objeto de recurso, será implícitamente resuelto por vía de la primera.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a 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 afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las demás administradoras demandadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado en ese entonces por ING PENSIONES hoy PROTECCIÓN S.A. en agosto del año 2000, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad y que el 8 de febrero de 2021 la

demandante solicitó la nulidad de la afiliación ante Protección S.A. y el 16 de febrero de 2022 radicó ante COLPENSIONES solicitud de afiliación al RPMPD, peticiones que fueron negadas. (f. 83 a 104 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Para desatar la controversia propuesta, 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, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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 tal sentido, resulta necesario tener en cuenta que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que desconoce, de manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que pueden llegar a ser de su interés; por ende, es un derecho fundamental, y correlativamente, una obligación del Estado garantizar su cumplimiento, máxime en tratándose de derechos pensionales, donde existen intereses y expectativas futuras de las personas, que por lo general, desconocen las diferentes características que han de tener cada uno de los regímenes pensionales dentro del sistema.

Lo anterior se da por cuanto, 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 para las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo anterior se extracta 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 la decisión del afiliado no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección inicial de régimen pensional 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, nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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 adocinado 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, contrario a lo sostenido por la apoderada de Protección S.A., 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 el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP PROTECCIÓN S.A., mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está 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 la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

De igual modo, aunque el fondo pensional asegura, como lo hizo su apoderado, que la información brindada a la accionante fue oportuna, suficiente y clara, indicando además que la demandante fue ilustrado sobre las características y particularidades del RAIS y que la asesoría sobre la afiliación cumple con los requisitos de ser informada, libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por cuanto, reitera, en el expediente no obra prueba que permita inferir que la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad a la cual se afilió en primera ocasión la accionante, cumplió con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliado al RAIS más de 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 accionante se afilió, 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, trasladados 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 lo llevaron a aceptar su vinculación al RAIS fueron ilusorias, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de obtener mejores prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, 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 para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con el afiliado, la afiliación de la parte activa al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

De igual forma, es preciso señalar que, en contraposición a lo alegado por la mandataria de la AFP, pese a que como se advierte, la demandante nunca estuvo afiliada al entonces ISS o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD creado por la ley 100, no por este hecho sea dable considerar que no tenía la opción de escoger el régimen que más le favoreciera entre las dos posibles opciones que se le presentaban (RPMPD y RAIS), por cuanto es evidente que tenía la oportunidad de afiliarse a uno u otro, según se le explicitara cual podría serle el más favorable; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informada cabalmente sobre las condiciones de los regímenes del sistema. Una conclusión en sentido contrario comprometería el principio de igualdad, avalando un trato discriminatorio frente al

grupo de población que no venía afiliado con anterioridad a un ente de seguridad social integrado al RPMPD, como si no fueran aquellos destinatarios del derecho de información para resolver acerca de la selección de régimen, instituido en las voces del artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS, es lo procedente, como lo dijo la Juez de primer grado, que la señora VICKY MAGALI OVIEDO AVILA pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el sub-júdice que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso en evidencia ante el ente de seguridad social al solicitar la afiliación a esta entidad.

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer el afiliado, para el sub-lite, el 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).

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 PROTECCIÓN S.A. no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no remitirlos 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 anunciado por el apoderado de esta entidad.

Sobre 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 debidamente indexados por PROTECCIÓN S.A. con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a remitir a COLPENSIONES, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por PROTECCIÓN S.A., pues pese a que, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras

cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo 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, 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

De otro lado, frente a la censura de la condena en costas, la Sala precisa que conforme lo plasmado en la contestación de la demanda de COLPENSIONES, esto es, que se opone a las pretensiones, argumentando que cada afiliado elige de manera libre a qué régimen quiere pertenecer, hay oposición manifiesta y respecto a las pretensiones se genera una tensión procesal, por lo que según lo preceptuado por los artículos 361 y 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión según lo establecido en el artículo 145 del CPTSS, da lugar a condenar en costas, tal como lo hizo el juzgador de primer grado.

En esta segunda instancia conforme la norma en mención, se condena en costas a las demandadas, en favor de la parte actora, se fijan como agencias en derecho a cargo de Colpensiones S.A., la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente y para Porvenir S.A. el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

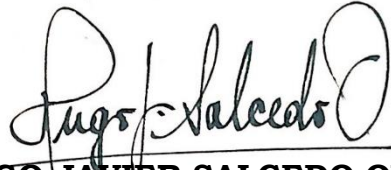
Primero: CONFIRMAR la sentencia 141 del 18 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho para Protección S.A. el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una y para Colpensiones, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

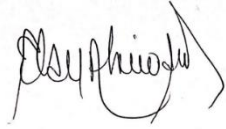
Tercero: DEVOLVER por secretaría el expediente al juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-salalaboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado