



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2020-00264-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Beatriz Eugenia Buendía Moreno
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A.
Decisión:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	144

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por las apoderadas judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., contra la sentencia No 545 emitida el 13 de diciembre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su subsanación.

Procura la demandante que, se declare la ineficacia de la afiliación del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- AFP Porvenir S.A., sin solución de continuidad y sin ningún tipo de restricción, actualizando las bases de datos de SIAFP, RUIAF y MANTIZ. En consecuencia, que se ordene el retorno de la demandante al RPM con prestación definida administrado por Colpensiones. Se ordene a Colfondos S.A., a devolver efectuados por la demandante junto con sus respectivos rendimientos y demás acreencias que diere lugar, a Colpensiones. Finalmente, al pago de las costas y agencias en derecho que se causen, de igual manera lo ultra y extra petita. (Págs. 01 a 19 – Archivo 03 PDF y Pág. 1 a 22 Archivo 06. PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 03 a 11 – Archivo 10 PDF, Porvenir S.A. a folios 02 a 22 – Archivo 11 PDF, y Colfondos S.A. a folios 02 a 18 – Archivo 15 PDF respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La a *quo* dictó sentencia No 545 emitida el 13 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante Beatriz Buendía Moreno, en los fondos de pensiones y cesantías AFP Porvenir y Colfondos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad. **Segundo**, condenar a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones EICE, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante Beatriz Buendía Moreno, junto con sus rendimientos. De igual modo, las AFP antes citadas, deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores,

junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. **Tercero**, condenar a Colpensiones que una vez las AFP den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros y a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la demandante Beatriz Buendía Moreno y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. **Cuarto**, condenar en costas a cargo de cada uno de las demandas Porvenir, Colfondos y Colpensiones, en la suma de un (1) smmlv a favor de la demandante. **Quinto**, en caso de no ser apelada ordena surtirse la consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. Para el caso, la demandante se afilió al RPM el 01 de junio de 1979 y se trasladó al RAIS a Porvenir el 04 de febrero del 97, a Colfondos el 01 de noviembre de 2009. De acuerdo con el despacho las AFP demandadas, no demostraron que hubieran brindado a la demandante la información clara, suficiente y calificada que establece la jurisprudencia antedicha, con el fin de ilustrarle adecuadamente sobre todas las consecuencias que acarrearía el cambio del RPM al RAIS, ni mucho menos que se les hubiere garantizado la doble asesoría, ni el deber del buen consejo, generándose con ello su desinformación. De esta forma, concluyó que, debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones (minuto 47:47 Archivo 19 Cuaderno Juzgado)

4.1.1. Señala que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación del fondo privado demandado, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en dicho fondo. De esta manera, aduce que es el fondo donde esta se encuentra afiliada, quien debe resolver su situación pensional. Agrega que, "...*El Decreto 2071 de 2015 dice*

*que, las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales, lo afiliados podrán buscar cualquiera de los canales de comunicación disponibles para hacer dicha doble asesoría. Lo anterior, teniendo en cuenta la **circular 016 de 2016** de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se establecen los mecanismos para que, tanto las AFP como Colpensiones ,realicen dicha asesoría a partir del primero de octubre de 2016, a las mujeres de 42 años o mayores y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de régimen sin antes haber recibido dicha doble asesoría. Por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia.*

*Como se observa en el proceso, pues las afiliaciones se realizaron con una fecha anterior a esta por lo cual no tendría cabida dicho precepto normativo. La declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del SGP y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, así lo pronuncia la Corte Constitucional en la Sentencia **T 489 de 2010** (...) En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...”*

Por lo anterior solicita la revocatoria de la sentencia dictada.

4.2. Apelación Porvenir S.A. (Minuto 56:26 Archivo 19 Cuaderno Juzgado)

4.2.1. Señala la apoderada judicial de Porvenir que, no debió declararse la ineficacia de la afiliación, toda vez que conforme a la jurisprudencia y a la normatividad legal para el año 1997 momento en el cual ella decide afiliarse con Porvenir se encontraba vigente el decreto 3466 de 1982, el decreto 663 de 1993, la ley 100 de 1993, y el decreto 656 de 1994. Añade: “... *la normatividad en la cual no se predica que Porvenir debía proporcionar información en los términos en los que fueron exigidos por la a quo, a través de las consideraciones y más sí se tiene en cuenta que estos requerimientos adicionales en cuanto al deber de información, buen consejo, doble asesoría e incluso el de desincentivar afiliaciones de los futuros afiliados o elaboración de proyecciones pensionales, pues por surge con posterioridad al acto de afiliación de la demandante con Porvenir e incluso cuando la demandante ya no se encontraba afiliada con Porvenir, si se*

tiene en cuenta que además ella en el año 2009 solicitó su traslado hacia otra administradora de fondos de pensiones.

Por lo anterior es claro que no debió declararse la ineficacia de la afiliación que la actora realizó con Porvenir S.A. en su momento, teniendo en cuenta que el formulario afiliación que se aportó con la contestación de la demanda se constituye en la prueba fehaciente del cumplimiento de los requerimientos legales de la época, especialmente los que eran exigidos por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera.

En caso de que el tribunal decida confirmar la declaratoria ineficacia de la afiliación de la actora con Porvenir se debe analizar las consecuencias jurídicas ordenadas en el numeral 2° de la sentencia, especialmente en lo que tiene que ver con la devolución de sumas como los gastos de administración, en el entendido de que dichas sumas no deben ser retornadas a Colpensiones y mucho menos a cargo del patrimonio de Porvenir, toda vez que fueron descontadas conforme lo autorizó el legislador a través del artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Estos gastos de administración permitieron que la AFP hiciera una buena gestión y administración de los recursos que mes a mes fueron aportados por parte de la demandante y que le garantizará los rendimientos financieros a los dineros de su cuenta ahorro individual, que en su momento fueron trasladados hacia su administradora de fondos de pensiones actual. Aunado a lo anterior, tampoco es procedente que se ordene está suma toda vez que la misma sería retornada Colpensiones, está entidad en ningún momento durante el tiempo que Porvenir administró los recursos de la demandante, entre 1997 y 2009, tuvo la administración de dichas sumas, lo que implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en contra de Porvenir.

En lo que tiene que ver con la devolución de las primas de seguros previsionales estas sumas tampoco deberían ser retornadas hacia Colpensiones toda vez que, las primas ya fueron debidamente pagadas a la aseguradora y permitieron el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte durante todo el tiempo en que la actora estuvo afiliada con Porvenir, es decir, ya se encuentran extintas y fueron debidamente causadas lo que implicaría nuevamente un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones a cargo de Porvenir.

Por último, en cuanto a la excepción de prescripción se solicita, la misma se analice conforme a los términos establecidos en los artículos 488 y 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social, en la medida en que lo que tiene que ver especialmente con

la devolución de los gastos de administración, ya que estas sumas no están destinadas a cubrir la pensión de vejez de la demandante, quien previo cumplimiento de sus requisitos accedería a la misma, sino que son susceptibles del fenómeno prescriptivo y de los términos contemplados en la normatividad citada anteriormente, entender un término de prescripción distinto y concluir que estos rubros no prescriben, implica claramente una vulneración al principio de seguridad jurídica de confianza legítima que le asiste a Porvenir...”

4.3. Apelación Colfondos S.A. (Minuto 1:01:26 Archivo 19 Cuaderno Juzgado)

Interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

“Contrario a lo manifestado por el despacho en el cual se condena a Colfondos a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, indico no es procedente que se condene a dicho rubro toda vez que las actuaciones de mi representada Colfondos están ajustadas a la Constitución y a la Ley, pues las comisiones por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contemplados en el artículo 60 de la ley 100 del 93, en dónde señala las características esenciales, especial en el literal b.

Teniendo en cuenta lo anterior, los fondos de pensiones están legalmente facultados para cobrar a sus afiliados dichos aportes, ya que esto obedece a un mandato de la Superintendencia Financiera, en este orden de ideas, sí la consecuencia la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que esta afiliación nunca existió y por ende nunca Colfondos debió retener esos aportes o esas comisiones que en su momento se cobraban a sus afiliados. Reiteramos que, en el caso que se condene a Colfondos a devolver a Colpensiones estos aportes, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración con cargo a su propio patrimonio, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa favor de la actora, dado que estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de Colfondos sin reconocer o pagar ningún tipo de concepto por la gestión realizada.”

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.:

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 4 a 9, archivo 04 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 13, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los gastos de administración primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

1.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva** y al segundo interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión de la a quo de declarar la ineficacia de traslado de

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

régimen pensional. Correspondía a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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 experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones², Porvenir S.A.³, el formulario de afiliación⁴, la certificación de Asofondos⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM⁷, del 13 de junio de 1979 al 30 de enero de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 04 de febrero de 1997⁸ la parte actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., siendo efectivo a partir del 1° de abril de 1997 y hasta el 31 de octubre de 2009.⁹
- c. En Colfondos a partir del 1° de noviembre de 2009 y en esta administradora continúa cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el fondo privado no le explicó al demandante las condiciones del traslado, ni le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, incumpliendo con el deber legal de proporcionar información veraz y completa de las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS, ni sobre el derecho de retracto. Por otra parte indicó que Colfondos tampoco le indico que tenía la oportunidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para cumplir la edad en la que tenía derecho a la pensión de vejez.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. señaló que, previo al traslado la demandante recibió asesoría por parte del personal de Porvenir, en la cual se le dio información completa, suficiente y veraz sobre las características del RAIS y del sistema pensional. Afirma que al momento del traslado a la demandante le restaba un número alto de años de vida laboral, por lo tanto, no era posible asegurar en que régimen se pensionaría con una mayor pensión. Así mismo adujo que, a la demandante se le indicó que para adquirir una pensión en el RAIS debería contar con un capital que le permita tener una pensión como mínimo del 110% del salario mínimo legal mensual vigente. Así las cosas, la información proporcionada siempre se ciñó a lo legal y con base en esta, la demandante tomó la decisión libre y voluntaria y sin presiones de afiliarse a través del

² Flios 266 a 272 Archivo 10 – PDF

³ Flios 25 a 32 y 33 a 42 Archivo 11 – PDF

⁴ Folio 24 Archivo 11 – PDF

⁵ Flio 11 Archivo 12 – PDF

⁶ Flios 2 a 3 Archivo 04 – PDF

⁷ Flios 266 a 272 Archivo 10 – PDF

⁸ Archivo 11, Pág. 24

⁹ Archivo 11, Pág. 23

formulario de vinculación. (Fls. 02 a 22 – Archivo 11 PDF).

Colfondos por su parte, refirió que, la demandante realizó el traslado a la AFP de manera voluntaria y debidamente informada, lo cual se hizo con el lleno de los requisitos legales y en ejercicio del derecho de escogencia. Señalo que, Colfondos si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliada, y se le recordaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento.

2.3.3. Para la Sala, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., no demostraron que hubieran brindado a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliado la accionante.

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un

régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachara de manera desfavorable el argumento de Porvenir S.A.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. y Colfondos suministró a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. y Colfondos S.A. además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, rendimientos, debe trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Por tanto, se confirmará la sentencia en este sentido.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que el afiliado estuvo vinculado a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.*

3.2.3. De igual forma, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021. Así como el porcentaje para **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, dada la ineficacia del acto ya que se constituyen en recursos necesarios para la financiación del derecho pensional que tuvieron que ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones. Colfondos y Porvenir S.A. y en favor de la actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala 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 providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones. Colfondos S.A. y Porvenir S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dec 491 de 2020)



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico¹. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio*

*sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando*².

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin³. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*⁴.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia⁵. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*⁷.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**⁸:

**“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25**

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones *«en lo no apelado»*.

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o

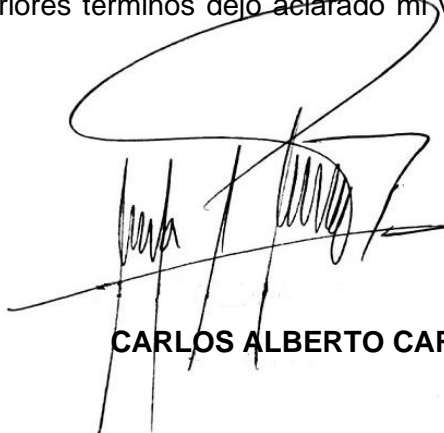
modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia «**serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas**», y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: «*Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación***», (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**”

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA