



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Seis (06) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-018-2021-00653-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Lucely Henao Escudero
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir SA. - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia del traslado-.
Sentencia escrita No.	328

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de los demandados Protección S.A., Colpensiones y Porvenir SA, contra la sentencia No. 105 emitida el 06 de mayo de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se ordene en su favor: **i)** al fondo de pensiones Colpensiones permitir el regreso o traslado de fondo de pensiones de ahorro

individual al régimen de prima media de la trabajadora Lucely Henao Escudero. **ii)** del fondo de pensiones Porvenir trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta individual de la trabajadora por concepto de ahorros con sus rendimientos. (Fls. 2 a 4 – 01Expediente - PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 8 a 21 Archivo 06 - PDF En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.2. Porvenir SA

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 03 a 26 Archivo 05 – PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.3. Protección SA

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 02 a 31 Archivo 10 – PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No. 105 emitida el 06 de mayo de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero:** declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Protección S.A., Porvenir S.A y Colpensiones. **Segundo:** declarar la ineficacia del traslado que la señora Lucely Henao Escudero efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A. y por consiguiente, la otra vinculación posterior efectuada a Porvenir S.A. **Tercero:** condenar a Porvenir S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Lucely

Henao Escudero. Tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que 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, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada y con cargo a su propio peculio. **Cuarto:** condenar a Protección S.A, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a Colpensiones, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y a cargo de su propio patrimonio. **Quinto,** ordenar a Colpensiones, acepte el traslado de la señora Lucely Henao Escudero sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado deberá actualizar la historia laboral de la señora Lucely Henao Escudero dentro de los 2 meses siguientes. **Sexto:** Condenar en costas a Protección S.A., Colpensiones y Porvenir S.A como parte vencida en juicio y en favor de la demandante. **Séptimo:** Ordenó se surtiera el grado Jurisdiccional de Consulta ante el Superior.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló 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.

Agrega, no bastaba con manifestarse que en el formulario de afiliación se verifica que el consentimiento fue informado por existir allí una leyenda pre impresa al respecto y la respectiva rúbrica del afiliado. Dijo era perentorio que en virtud de la carga dinámica de la prueba la administradora de fondos de

pensiones como sujeto dominante de la relación dual pruebe en juicio que efectivamente cumplió con suministrar información veraz, coherente, indicada y suficiente.

Resaltó que para el caso en concreto se hallaba probado que la demandante realizó aportes al régimen de prima media con prestación definida con el antiguo Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 01 de enero de 1988. Que se trasladó a Colmena hoy Protección S.A. el 27 de abril de 1995 con efectividad el 01 de mayo de 1995. Finalmente se trasladó a Horizonte hoy Porvenir SA el 10 de febrero de 1998, con fecha de efectividad el 01 de abril de 1998.

Evocó como únicas pruebas que reposan en el expediente, la historia de vinculación emitido por Asofondos y el formulario de afiliación a la administradora de fondos de pensiones en los que se observa una leyenda preimpresa respecto a la voluntad de la selección de afiliación a esa Administradora con la respectiva rubrica de la demandante. Alude que brilló por su ausencia el cumplimiento del deber de información en el sentido amplio que debían efectuar los fondos privados a la actora. Por tanto, consideró que la falencia probatoria de las entidades llamadas a juicio le permitía inferir que no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones al sector privado.

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. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de la parte demandada, Colpensiones y Porvenir SA, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación de la parte demandada Colpensiones.

Presentó recurso de apelación de forma parcial, hace referencia a que Colpensiones no participó en el acto de traslado que se declara nulo e ineficaz, por lo que no debe asumir la carga de la prestación, ni es la llamada a recibir los dineros resultantes de la nulidad del traslado, tampoco es la responsable de los actos generadores de la presente acción, máxime cuando la actora está a portas de reunir el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez. Evocó algunas sentencias del Tribunal de Pasto y de Bogotá, para luego concluir que se debe revocar el numeral quinto de la sentencia que dispuso la condena en costas.

4.2. Apelación la parte demandada – Porvenir SA

Pide se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de demanda, se revoquen todas y cada una de las condenas. Sustentó su censura en los siguientes términos:

La afiliación realizada por la actora hacia Porvenir, la cual correspondió al traslado horizontal desde la AFP Protección, cumplió con todos los requisitos vigentes al momento de dicha afiliación, esto es, para el año 1998, razón por la cual se debe tener en cuenta que es tan solo a partir del 01 de julio de 2010 que se considera como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito los beneficios de cada uno de los regímenes, e informar el monto de la pensión.

Además, según conceptos y circulares referentes a la materia objeto de análisis, considera que, es perfectamente admisible que la información a quien quería vincularse al RAIS se le suministrara de manera verbal, dejando de ser así catalogada como completa, transparente y veraz. Y bajo tales conceptos, la decisión de la actora se sujetó a dichas premisas, al haber sido un traslado consciente y espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, atendiendo la realidad del momento, dada en el año de 1998.

Agrega que las acciones para reclamar la respectiva ineficacia, sí se encuentran prescritas, atendiendo lo establecido en los artículos 1750 del Código Civil, 151 del Código procesal del trabajo y la Seguridad Social y 488

el Código sustantivo del trabajo. Refiere, que no se está cuestionando el derecho al acceso pensional de la demandante, sino la ineficacia del acto.

En cuanto a los **gastos de administración**, advierte que esta condena no se torna procedente acorde a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil. Aduce que si se declara la ineficacia aplicando el referido artículo no hay lugar a que se ordena a Porvenir a devolver lo contenido en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los correspondientes a cuotas de administración.

Con relación a la condena impuesta de la **devolución de los rendimientos**, alega que, precisamente la consecuencia de la ineficacia, es entender que aquél vínculo nunca existió, es decir, que la demandante nunca estuvo afiliada a Porvenir. Razón por la cual, se podría afirmar que esos aportes tampoco fueron una cuenta individual que fue administrada por dicha AFP, frente a la cual se generaron los rendimientos. Argumento que le permite concluir que, no hay lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años en que la demandante estuvo afiliada a Porvenir.

En lo que respecta a la devolución del **bono pensional** a Colpensiones, precisa que, en caso de existir, este debe remitido a la entidad emisora, es decir a quien la expidió, lo cual corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones.

Adicionalmente, con relación a la condena de devolver el **porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima**, afirma que dichas sumas ya se encuentran extintas y, por lo tanto, no hacen parte de los dineros que administra Porvenir para ser devueltas.

Finalmente, en lo que atañe a la devolución de **los seguros previsionales**, aduce tampoco es procedente tal devolución, ya que no se encuentra en poder de Porvenir, sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. Asimismo, dice, que la destinación de dichas sumas, también cumplieron con su objetivo y, en consecuencia, aquellas ya se agotaron y extinguiera. Razón por la cual la

cobertura que brinda la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible. Expone que la demandante, durante todo el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, estuvo amparada en los riesgos de invalidez y muerte, con las compañías contratadas, primas que ya fueron pagadas a terceros y causadas.

4.3. Apelación de Protección S.A.

Se opone frente a la condena de retornar los **gastos de administración**, pues se encuentran autorizados por la Ley. Que la entidad actuó de manera diligente con la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Dice que los gastos es aquella comisión que cobran la entidad para administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual, de cada aporte del 16% del IBC realizó por la actora, un 3% se descuenta por este concepto y pagar a la compañía de seguros. Que en caso de confirmarse la decisión lo único que debe reintegrarse son los rendimientos financieros.

Agrega si la consecuencia de la nulidad o ineficacia es que la cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato no existió y por lo tanto, Protección S.A., no debió administrar los recursos de la cuenta, los rendimientos que produjo no se causaron, razón por la cual, no se debió descontar la comisión. Que, conforme a las restituciones mutuas, que, aunque se declare la nulidad o ineficacia, el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, siendo los rendimientos, razón por la cual debe conservarse.

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 Legislativo 806 del 4 de junio de 2020¹, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022², se pronunciaron, así:

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".

² Vigente a partir del 13 de junio de 2022

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

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 9, archivo 04 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 6, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron 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 del 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 Protección 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, bonos pensionales 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?

1.5. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta a los interrogantes.

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

declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado 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.

2.1.1 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 desvirtuarlo 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.

2.1.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones³, Colmena hoy Protección S.A.⁴, Porvenir S.A.⁵, el formulario de afiliación y traslado de régimen pensional⁶, de la certificación de bonos pensionales⁷ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁸, se desprende que, la accionante Lucely Henao Escudero, ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 01 de abril de 1988 al 30 de abril de 1995⁹.
- b. Ejecutando el traslado de régimen a Colmena hoy Protección S.A. el 27 de abril de 1995 con fecha de efectividad 01 de mayo de 1995. Migra luego a Horizonte el 10 de febrero de 1998 con fecha de efectividad el 01 de abril de 1998. Finalmente, al darse la cesión por fusión, se produjo el traslado automático entre Horizonte a Porvenir el 01 de enero de

³ Archivo 06- PDF, Pág. 22 a 26.

⁴ Archivo 10 -PDF. Pág. 36 a 37

⁵ Archivo 05 PDF, Pág. 33 a 46

⁶ Archivo 10 -PDF. Pág. 32, Archivo 05 PDF Pág. 30 y 53

⁷ Archivo 05 PDF. Pág. 47 a 52

⁸ Archivo 10 -PDF. Pág. 39 y Archivo 05 PDF. Pág. 28

⁹ Archivo 06- PDF, Pág. 22 a 26.

1994.

Hora de la consulta : 12:09:35 PM

Afiliado: CC 31955636 LUCELY HENAO ESCUDERO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31955636

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-04-27	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1995-05-01	1998-03-31
Traslado de AFP	1998-02-10	2004/04/16	HORIZONTE	COLMENA		1998-04-01	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 31955636

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-04-27	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
1998-02-10	1999-02-16	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	HORIZONTE	
1998-03-10	1998-04-21	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	COLMENA
1998-06-12	1998-08-10	90	ANULACION DE CESION(NOV.30)	HORIZONTE	COLMENA
1998-06-12	1998-06-16	30	CESION	HORIZONTE	COLMENA

En la demanda se argumenta que al momento del traslado no se le suministró información alguna, pues el empleador de la época le indicó que debía firmar el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección. Adujo además, que si bien no le representa un ingreso adicional en retornar al RPM administrado por Colpensiones, el sistema administrado por Porvenir S.A., le genera desconfianza, a tal punto de tener que acudir a consultas médicas por tener colapsado su sistema nervioso.

Dígase, además, que, en su interrogatorio de parte, manifestó que cuando ingresó a laborar, su empleador la afilió a Horizonte en ese momento. Agrega que nunca se trasladó, ni actualmente es pensionada. Advierte que desea retornar a Colpensiones, porque siente mucho temor del fondo privado, porque carezca de recursos. (Mto 13:08 a 16:27 Archivo 15)

Por su parte, las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. señalaron que la información proporcionada a la demandante fue veraz, real y oportuna al momento de suscribir el formulario de traslado, acorde a la normatividad vigente para la época del traslado. Además, que ésta fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando ella decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por las entidades convocadas. Así su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada

Para la Sala, Porvenir S.A. ni Protección S.A. no demostraron que hayan 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos 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 las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliada la accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la demandante le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

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 despachará de manera desfavorable los argumentos de Protección S.A. y Porvenir S.A

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido sostenido por la Sala de Casación Laboral de la 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 de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. y a Protección 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, bonos pensionales los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

La respuesta es **positiva**. Protección y Porvenir S.A. deben trasladar los valores que percibieron por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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.

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 los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión de la *a quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a los misma, se ajusta a derecho. 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 Porvenir 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**”*. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

De igual forma, es procedente ordenar la devolución 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. Sin que haya lugar a efectuar modificación alguna al respecto.

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

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.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a la demandada Colpensiones?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Porvenir S.A. es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015). Por ende, se confirmará la imposición de tal condena por parte de la *a quo* a quien integra el extremo demandado.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones 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 en todo lo demás la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades apelantes, Protección S.A. Colpensiones y Porvenir S.A., en favor de la 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 CARRÉNO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Actos judiciales


Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



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 jurídico. *“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”*.

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 fin. 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”*.

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 competencia. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, 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*”.

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**:

**“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