

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-001-2019-00570-01
DEMANDANTE: MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP COLFONDOS



Tribunal Superior del Distrito Judicial

Florencia - Caquetá

SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
Sala Segunda de Decisión

Magistrada Ponente
MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA

Junio treinta (30) de Dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICADO: 18-001-31-05-001-2019-00570-01
DEMANDANTE: MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS
TEMA: INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROYECTO DISCUSIDO Y APROBADO EN ACTA SCFL 050-2023

I. OBJETO DEL PROVEIDO

Se procede a decidir el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, Caquetá, el día 4 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, previos los siguientes,

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La señora MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS, interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES" y COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, para que se declare:

- 1.1** Ineficaz y/o nulo el traslado efectuado el 27 de septiembre de 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por no haber sido informada de las ventajas y desventajas de dicho traslado.
- 1.2** Que se condene al demandado al pago de las costas y agencias en derecho.
- 1.3** Que se hagan las demás condenas y declaraciones a que haya lugar de manera extra petita y ultra petita, de conformidad con

el artículo 50 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social.

2.-Fundamentos Fácticos

Los hechos en que se fundamenta la demanda se pueden resumir así:

- 2.1** Que la señora MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS, nació el 8 de octubre de 1959, contando a la fecha de la presentación de la demanda con 60 años de edad.
- 2.2** Que la actora ingresó a laborar a la Gobernación del Caquetá, cotizando al Instituto de Seguros Sociales durante 3 años, 10 meses y 2 días, comprendidos entre el 15 de noviembre de 1995 al 27 de septiembre de 1999.
- 2.3** Que en el año 1999, se acercaron a su sitio de trabajo, asesores de Colfondos, quienes, de manera engañosa le indicaron que el ISS sería liquidado, por lo que debían trasladarse de fondo pensional, en aras de no perder los aportes que había realizado e igualmente, le señalaron que, el RAIS resultaba más favorable, debido a que se podía pensionar cuando quisiera y obtendría una mesada más alta, omitiendo indicarle las desventajas de dicho régimen.
- 2.4** Que a la presentación de la demanda, había laborado un lapso de 24 años y medio, equivalentes a 1230 semanas, de las cuales 196 fueron cotizadas al ISS.
- 2.5** Refiere que en el año 2018, por parte de Colfondos se le realizó una proyección, en la que se le indicó que podía acceder a una pensión mínima de vejez, correspondiente a un (1) SMLMV, u optar por la devolución de los aportes, los cuales ascienden a la suma de \$69.000.000.
- 2.6** Señala que, en vista de lo anterior, solicitó su traslado a Colpensiones, sin embargo, el mismo le fue negado, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debido a que ya cumplió la edad de pensión.

3 Contestación de la parte demandada

3.1. COLPENSIONES

Colpensiones al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la actora, expresando que no existen fundamentos fácticos, ni jurídicos, dado que cuando las personas de manera voluntaria se trasladan al RAIS y posteriormente se devuelvan al ISS, no podrán conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Presentó Colpensiones las excepciones de fondo de: i) prescripción, ii) falta de pruebas, iii) Buena fe, iv) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, v) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social y vi) la genérica.

3.2. COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías

El demandado COLFONDOS S.A., también se opuso a las pretensiones de la demandante, manifestando que es una empresa seria, que no emplea maniobras engañosas para captar afiliados y que su personal de afiliaciones está capacitado para brindar al usuario la información que requiere para tomar su decisión.

Indicó que la actora suscribió de forma libre y espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, su afiliación a ese Fondo, razón por la que no puede, después de 19 años pretender evadir los efectos jurídicos de su traslado.

Presentó las excepciones de mérito de: i) Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans, ii) Doctrina de los actos propios, iii) Autonomía de la voluntad, iv) Desconocimiento de la ley, v) Estabilidad del sistema, vi) Buena fe del demandado, vii) Actori incumbit probatio, viii) Eficacia del negocio jurídico y ix) Falta de controversia.

4 Actuaciones procesales relevantes

4.1. Luego de inadmitir la demanda, en auto del 22 de enero de 2020, se admitió la misma y ordenó su notificación a los demandados.

4.2. El 15 de enero de 2021 se llevó acabo la audiencia de conciliación, saneamiento del proceso, fijación del litigio y el decreto de pruebas.

4.3. El día 22 de febrero de 2021, se recibió a la actora interrogatorio de parte, se cerró el debate probatorio y se escucharon los alegatos de conclusión.

4.4. En Audiencia realizada el 4 de marzo de 2021, se procedió a dictar el fallo de instancia correspondiente.

4.5. A través de Auto fechado al 23 de marzo de 2021, se adicionó la sentencia de primera instancia, ordenándose remitir el expediente ante esta Corporación, para que se surtiera el grado jurisdiccional de Consulta.

5.Sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, profirió sentencia declarando la ineficacia de la vinculación de la señora MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS a COLFONDOS S.A.

PENSIONES Y CESANTÍAS y en consecuencia, ordenó la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros, a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-; Además declaró no probadas las excepciones de fondo y condenó en costas a las entidades demandadas, sin embargo, tal condena fue renunciada por el demandante, al no haberse apelado la decisión.

Fundamentó su decisión manifestando que luego de analizar el acervo probatorio, se evidencia que COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, transgredió sus obligaciones de informar de manera cierta, suficiente y oportuna, toda vez que, la forma inoportuna en la que fue abordada por los promotores a la AFP, contravino las garantías a que tenía derecho la demandante, y las cuales le permitían elegir de manera libre y voluntaria a qué régimen quería pertenecer.

Refirió que, COLFONDOS S.A. omitió desarrollar un plan de información y promoción del nuevo sistema pensional, el cual fuera propagado con seriedad, responsabilidad y lealtad a los potenciales afiliados, dejando de lado el principio de transparencia, teniendo en cuenta que, se trataba de la seguridad social de las personas que se encontraban aportando al sistema pensional.

Finalmente señaló que, se hizo incurrir en error a la demandante al optar por afiliarse y disponer del traslado de sus aportes a Colfondos, sin que le hubieran dado a conocer al menos los contras que tal determinación le ocasionarían, como efectivamente fueron las posibilidades de haber adquirido el derecho a pensionarse por el RPMPD, que le proporcionaba, mejores garantías económicas para llevar una vida con un grado mayor dignidad que la ofrecida por el nuevo sistema, que no le garantizaba una verdadera y eficiente estabilidad económica hasta sus últimos años, puesto que la permanencia y valor, están sujetos al monto real de los aportes.

6. Alegatos en segunda instancia

6.1. María del Rosario Burgos Burgos

El apoderado judicial de la parte demandante, manifestó que debía confirmarse la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, toda vez que la demandante, señora María del Rosario Burgos Burgos, efectuó su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, al no haber sido informada de manera suficiente y completa, de las ventajas y desventajas de dicho traslado, toda vez que, COLFONDOS S.A., omitió la obligación que le asistía de suministrarle tal información.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala del Distrito Judicial de Florencia Caquetá, para conocer del grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia de fecha 4 de marzo de 2021, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia Caquetá, por ser superior funcional, por lo que a ello se procederá según en derecho corresponda.

2. Presupuestos procesales

Considera esta Sala que los presupuestos procesales que la doctrina y jurisprudencia reclaman para el normal desarrollo del proceso y proveer de mérito en el presente asunto se encuentran satisfechos a cabalidad. De igual manera no se avizora vicios de consentimiento o procedimiento que genere irregularidades sustanciales que incida en la nulidad de la actuación procesal.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar si resulta procedente declarar ineficaz la afiliación de la señora MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS, a COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, por no habersele advertido las consecuencias que derivan del cambio de régimen. En caso afirmativo, se deberá establecer si es viable realizar la devolución de aportes junto con los rendimientos financieros a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1. Ineficacia del traslado

El literal E, del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º, de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen pensional que prefieran, permitiéndoles el traslado por una sola vez, cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, sin que el afiliado pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

No obstante, en reiterada jurisprudencia de las Altas Cortes, se ha señalado que la prohibición de traslado establecida en la norma antes referenciada, *vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de los afiliados, en tanto presenta una extralimitación desproporcionada e irracional.*¹

Por lo anterior, existe la posibilidad de que, judicialmente, pueda declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media al

¹ Sentencia C/081 de 2018 de la Corte Constitucional.

régimen de ahorro individual y, en consecuencia, ordenar su retorno aun cuando al afiliado le falte menos de 10 años para cumplir la edad establecida para acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando se demuestre que al momento de realizar el traslado cuya reversión se depreca, el afiliado no haya recibido información cierta, suficiente y oportuna por parte del Fondo privado.

Es relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, sumado a la línea jurisprudencial informativa que expidió la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia este año.

En términos generales, se ha determinado sobre el tema de ineffectiveness of pension plan transfer that i) the scope of the duty of information to be carried out by pension fund administrators, ii) the origin of the ineffectiveness of the transfer, iii) the reversal of the burden of proof in favor of the member.

4.1.1. Deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones -AFP

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha precisado de manera reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas de cambio de régimen pensional.(CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Asimismo, también la jurisprudencia de la CSJ, Sala de Casación Laboral, ha señalado que el cumplimiento del deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

La ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Es por dichas particularidades que se ubica a las Administradoras de Pensiones en el campo de la responsabilidad profesional, toda vez que el servicio que presta concierne al interés público desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 superior, de ahí que, se les imponga el deber de cumplir con suma diligencia, prudencia y pericia las obligaciones que taxativamente le señala la ley, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones 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, por ello, el administrador experto debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntuó en la sentencia SL3632, Radicación N° 84942 del 28 de julio de 2021, Mag. Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN lo siguiente:

"En efecto, a partir de sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017, CSJ SL2372-2018, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL1217-2021, entre

muchas otras, esta corporación ha determinado que las administradoras de fondos de pensiones cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de su elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral, entre otras, y partiendo de la base de que en un sistema pensional complejo pueden presentarse asimetrías en la información.

Asimismo, ha determinado la Corte que, de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, la elección de un determinado régimen pensional debe ser libre y voluntaria, lo que implica, en la materialidad, que el afiliado cuente con información clara, transparente y contundente sobre las características de cada régimen y respecto de la dimensión y consecuencias de su decisión, por lo que, en los términos de la Corte, debe estar acompañado por una libertad informada o consentimiento informado a la hora de adoptar cualquier determinación, más cuando alguna operación en tal sentido puede acarrearle graves consecuencias para la configuración de su derecho pensional (CSJ SL1421-2019, CSJ SL4806-2020).

4.1.2. De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Respecto de la carga de la prueba en los procesos de ineffectuación de traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterada jurisprudencia ha expresado que de conformidad al artículo 1604 del Código Civil “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo” lo que quiere decir que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones.

En este sentido, ha determinado esa Corporación, que la carga de la acreditación de esa información y acompañamiento al afiliado corresponde a los fondos de pensiones, en virtud de sus obligaciones con el sistema y teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la carga de la prueba de la diligencia le compete a quien debe emplearla (CSJ SL19477-2017, CSJ SL1452-2019). Igualmente, que ese deber no se supera simplemente con el diligenciamiento de un formato o la adhesión a una cláusula genérica, sino con la comprobación de que el interesado tuvo «todos los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada» (CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4630-2019). Finalmente, que las consecuencias de esas falencias en la información o de que el consentimiento del afiliado no hubiera sido informado es la ineffectuación de la afiliación (CSJ SL4630-2019).

5.Caso en concreto

Corresponde a la Sala surtir el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia de primera instancia, proferida el 4 de marzo de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, a través de la cual, se declaró la ineffectuación de la afiliación de la señora María del

Rosario Burgos Burgos a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ordenándose la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros, a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

Así las cosas, se hace necesario determinar si la actora recibió información transparente, necesaria y objetiva acerca de las consecuencias de su traslado del RPM al RAIS.

Frente a la información recibida por la señora BURGOS BURGOS por parte de COLFONDOS S.A., relacionada con el traslado del RPM al RAIS, obran en el expediente digital, cuaderno de primera instancia, archivo “06Anexo2Contestacion”, copia del documento titulado “solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones y cesantías obligatorias” No. 7103441, con fecha de suscripción del 27 de septiembre de 1999, documento en el cual se aprecia un aparte de “voluntad de afiliación”, firmado por la actora en la casilla de “pensiones obligatorias”, en el que, únicamente consta una nota que señala “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones”.

Así las cosas, la documental referida no da cuenta que la AFP Colfondos S.A., hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado de la actora de régimen pensional, es decir, cuando la afiliada se trasladó del RPM y pasó al RAIS, en la forma como la ha entendido y determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tampoco del interrogatorio de parte de la demandante se logra establecer que se haya cumplido la obligación de suministrar la información necesaria que le debía realizar la AFP a la usuaria, para el traslado de régimen.

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntuizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia “*a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*”.

Sobre la transparencia en sentencia CSJ SL1452-2019 especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, “*los elementos definitorios y*

condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. Según esta Sala, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

En este asunto, la información de la documental referida, únicamente se centra en la situación actual de la señora María del Rosario frente al traslado de régimen, sin referir o contrastar las ventajas y desventajas que ofrecía el régimen administrado por Colfondos S.A. (RAIS), frente al RPM.

El formato o solicitud de vinculación de la demandante a COLFONDOS S.A., antes reseñado, contiene en forma legible, unas preguntas de carácter personal, básicas e indispensables para la identificación del afiliado, tales como nombres, identificación, edad, fecha de nacimiento, empresa donde labora, cargo que ocupa, nombre de beneficiarios y espacio para estampar su firma en la casilla titulada “voluntad de afiliación”. De este formulario, no es dable deducir que la demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación definida.

Sobre el deber de información y sobre las implicaciones de su omisión, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSL SL del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, la cual fue reiterada en sentencias CSJSL1688-2019 y SL934-2021, donde en esta última expresó:

“Y es que el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que se pudiese exigir a otro ente financiero, dada la doble calidad de las administradoras, de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, en tanto de su ejercicio dependen claros intereses sociales, como la protección a la vejez, la invalidez y de la muerte de suerte que su omisión implica la nulidad o por lo menos la ineficacia del acto jurídico de traslado”.

Respecto del incumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, la Sala Laboral de la Corte en sentencia CSJ SL4964-2018 afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP.

Como se puede advertir, el documento de afiliación no contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente por parte

de la APF Colfondos S.A. por cuanto no da a conocer a la afiliada las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones, situación que claramente produce un sesgo en la demandante por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias al trasladarse del régimen de pensiones público administrado por Colpensiones al RAIS.

En tal sentido, está visto que, al momento del traslado del RPM al RAIS de Burgos Burgos, de las pruebas allegadas no puede verificarse que la AFP Colfondos le suministró información suficiente a la afiliada previo a su traslado, haciéndose necesario confirmar la sentencia de primera instancia, que declaró la ineficacia de traslado de régimen pensional de la demandante.

En cuanto a las excepciones planteadas por COLPENSIONES, esto es, la de i) prescripción, ii) falta de pruebas, iii) Buena fe, iv) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, v) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social y vi) la genérica, teniendo en cuenta que, la sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, ha de señalarse que, frente a la prescripción, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado de manera reiterada ha señalado que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, no está sujeta a la prescripción, por ser una pretensión meramente declarativa, y que igual suerte corren los derechos que de ella derivan.

Al respecto, sobre la prescripción sobre este tipo de acciones la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1421-2019, manifestó:

"Aunado a lo precedente, se desestimarán las excepciones formuladas por las entidades demandadas, incluyendo la de prescripción, aspecto frente al cual se argumentó por parte de la pasiva PORVENIR S.A., la naturaleza contractual que ostenta el cambio de régimen pensional de la demandante, y consecuencialmente la aplicación indistinta del término para establecer la viabilidad del fenómeno jurídico, esto es los 4 años contemplados por el artículo 1750 Código Civil o los 3 del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, preceptivas frente a las cuales en el caso en concreto, adujo el transcurso de una temporalidad mayor entre la calenda del traslado y la interposición de la demanda primigenia.

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y

sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Tal posición ha sido reiterada por la Corte en sentencias SL2648-2019, SL3465-2020, SL587-2021 y SL1522-2021 entre otras, razón por la cual esta Colegiatura desestima el reproche formulado por el recurrente, sin entrar en análisis de mayor profundización.

En relación a las demás excepciones planteadas, las mismas no prosperan, al concluirse la ineficacia de la vinculación de la señora MARÍA DEL ROSARIO BURGOS BURGOS, al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada ante COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, por lo que, estuvieron bien denegadas.

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con

prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Hay que anotar que la ineeficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineeficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que "*la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineeficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.*"

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que "*La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineeficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

En el sub-lite, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineeficacia y en ese sentido a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes conceptos:

- 1. Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM².

² Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador³.
3. Los **gastos de administración**, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión⁴.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a Colpensiones, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineeficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁵, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁶.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁷.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un

³ Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019

⁴ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁵ Sentencia SL-4360-2019.

⁶ Sentencia SL-2877-2020.

⁷ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

equivalente en el RPM, motivo por el cual considera esta Sala que, al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el Decreto 1833 de 2016⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior y toda vez que la sentencia está siendo revisada, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, además de lo ordenado por el juez, conforme al principio de sostenibilidad financiera del sistema, deberá devolver la AFP, no solo los aportes o cotizaciones efectuadas en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sino que además debe devolver los bonos pensionales a que haya lugar, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido.

No sobra reiterar, que no se está violentando la sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que el efecto de la declaración de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, lo cual compone la devolución en forma plena y retroactiva de todos los conceptos, que sin lugar a duda protege la sostenibilidad de régimen de prima media. Y conforme a esto ha tenido oportunidad de pronunciarse la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 de 2020, donde señaló:

"... la decisión que se controvierte en casación tampoco lesionó el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

En mérito de lo expuesto la Sala Civil-Familia-Laboral, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en Sala Segunda de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

⁸ Sentencia SL 2877-2020

IV. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha 4 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia - Caquetá, por los motivos expuestos en esta providencia, y se ADICIONA el numeral tercero de la sentencia consultada, en el sentido de además ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver a COLPENSIONES, no solo el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, sino devolver también los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de Consulta.

TERCERO: La presente decisión se notificará por edicto.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión por secretaría, DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. -

MARIA CLAUDIA ISAZA RIVERA
Magistrada

DIELA H.L.M. ORTEGA CASTRO
Magistrada

GILBERTO GALVIS AVE
Magistrado

Nota: La presente sentencia se firma de forma electrónica en el aplicativo de la Rama Judicial, dentro del término contemplado en el inciso 3º del Artículo 10 del Acuerdo PCSJA17-10715.

Firmado Por:

Maria Claudia Isaza Rivera
Magistrada
Despacho 002 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Dielia Hortencia Luz Mari Ortega Castro
Magistrada
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

Gilberto Galvis Ave
Magistrado
Despacho 003 Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Florencia - Caqueta

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

Código de verificación: **018343d5808da57a33ea63454e8bcf799dfea199955afb8407a30ec23ba412**
Documento generado en 05/07/2023 05:39:49 PM

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