

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *HERNÁN SAA OBREGÓN*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.*
INT. LITIS. *PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.*
RADICACIÓN: *76001-31-05-006-2021-00563-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de junio 5 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional*
DECISIÓN: *Adiciona.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, frente a la Sentencia No. 172 del 5 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **HERNÁN SAA OBREGÓN** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-006-2021-00563-01**, dentro del cual se vinculó como Litis consortes necesarios a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

SENTENCIA No. 174

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende que se declare la ineficacia del primer traslado del otrora ISS, hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A.; como consecuencia de la nulidad, ordenar el traslado de los aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, a COLPENSIONES y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 3 de septiembre de 1954; se afilió al otrora ISS donde realizó cotizaciones por varios años antes de trasladarse a COLFONDOS S.A. como consecuencia de una información errada en su sitio de trabajo, pues no recibió la información necesaria, clara y por escrito, de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas, incumpliendo así el fondo su deber legal de proporcionar la información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del fondo, de lo cual debió quedar copia por escrito; que durante su vinculación con COLFONDOS S.A hasta la fecha, no ha recibido ningún tipo de información de parte del fondo en relación con su expectativa pensional, menos ha sido convocado a cualquiera de las dependencias; que en octubre de 2021 solicitó a COLFONDOS S.A., mediante derecho de petición, se autorizara su traslado a COLPENSIONES, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A.². Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que al momento del traslado sí brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS del cual venía afiliada, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, 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

¹ Fs. 5-12 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 2-24 Archivo 11 Expediente Digital

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 quedó plasmado su consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo; obligación a cargo exclusivamente de un tercero, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración y la innominada.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado al RAIS el demandante lo efectuó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, además no obra prueba de que exista falsedad en el formulario de afiliación o que el empleador la haya afiliado sin su consentimiento, de conformidad con el literal “B”, del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que dicho traslado lo realizó bajo su consentimiento libre y voluntario, sin mostrar inconformidad por más de 21 años de la administración de sus bienes en el fondo privado. Asimismo, presentó su solicitud de afiliación al RPMPD contando con 67 años, es decir, superando la edad mínima para ser beneficiario de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que la edad mínima es de 62 para los hombres, según la Ley 100 de 1993 art. 33, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003, lo que contraría lo dispuesto en su art. 13, literal E, modificado por el art. 02 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, nadie está obligado a lo imposible – principio general del derecho, prescripción, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A.⁴ La AFP del RAIS se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que para el momento en que el actor suscribió y diligenció formulario de solicitud de vinculación con para ese entonces la AFP Horizonte, se le pusieron de presente de forma clara y personalizada, los requisitos y los diferentes aspectos que se tendrían en cuenta para adquirir pensión dentro del RAIS, los beneficios del régimen dentro de los que se encuentran la posibilidad de los herederos de disponer del capital en caso de

³ Fs. 4-24 Archivo 04 Expediente Digital

⁴ Fs. 4-21 Archivo 16 Expediente Digital

que el afiliado muera y no haya accedido a su pensión, las posibilidades de pensión mínima y sus requisitos, los rendimientos y los diferentes escenarios de estos, la destinación y uso de los aportes, los descuentos mensuales para gastos de administración los cuales se verían reflejados en los rendimientos que sus aportes generarán, la protección y pago de la prima de un seguro de vida e incapacidad, su derecho a retractarse y el término con el que contaba para ello, así como las condiciones del bono pensional, todo lo anterior, de conformidad con la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

PROTECCIÓN S.A.⁵. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando en su defensa que el demandante nunca ha estado afiliado a la entidad, ni ha realizado cotizaciones ante la misma. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; compensación; buena fe de la entidad demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A.; innominada.

COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.⁶. La aseguradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando en su defensa, que el demandante ostenta la calidad de pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia a su cargo, con base en que contrató con la aseguradora de manera libre y voluntaria póliza de renta vitalicia No. 5130002757701 de fecha mayo 26 de 2014, modalidad escogida con ocasión de la pensión de sobreviviente que le fue reconocida a causa del fallecimiento de su cónyuge, la señora María Isabel Piedrahita García (Q.E.P.D.), es decir, el origen de la pensión que actualmente goza el demandante, tuvo un origen diferente, y unos recursos diferentes a los que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de obligación respecto del traslado de la suma adicional que está a cargo de la aseguradora; la pensión de sobrevivientes del demandante, tiene una financiación diferente a los

⁵ Fs. 3-8 Archivo 19 Expediente Digital

⁶ Fs. 3-15 Archivo 20 Expediente Digital

recursos de la cuenta de ahorro individual del mismo demandante; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; excepción ecuménica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 172 del 5 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HERNÁN SAA OBREGÓN del RMPPD al RAIS, el 1º de marzo de 2001; ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS; no dio prosperidad a las excepciones propuestas por las demandadas; absolvió a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. de las restantes pretensiones y a PROTECCIÓN S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. de todas las pretensiones de la demanda; dio prosperidad a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y; condenó en costas a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que era el fondo de pensiones quien debió demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera al afiliado decidir con todos los elementos de juicio cual régimen sería mejor para ella a partir del momento en que se produjo la afiliación como hecho más relevante y, si posteriormente continuó con dicha asesoría durante el desarrollo de la vinculación, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar al afiliado una información cierta, suficiente y oportuna para que pueda tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, pasando por el deber de brindar una información necesaria y transparente, al de asesoría y buen consejo y finalmente al de la doble asesoría, pero como ello no había sido acreditado por COLFONDOS S.A., se abrió paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración. Finalmente, sostuvo que

PORTECCIÓN S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., no tenían injerencia en este asunto, por cuanto dicha AFP a través de la aseguradora, reconoció al actor una pensión de sobrevivientes que se causó por la muerte de su cónyuge, es decir, la pensión no se financió con su cuenta de ahorro individual, sino con la de la causante, lo que no tenía ninguna incidencia en su traslado de régimen pensional.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLFONDOS S.A. presentó recurso de alzada argumentando que el traslado que realizó con el lleno de los requisitos legales y con ausencia de cualquier causal de nulidad teniendo en cuenta que el demandante si expresó su consentimiento y, por ello, no existen motivos para dejar sin efecto dichos traslado. Agregó que, se debe revocar la condena de devolver gastos de administración, toda vez que ese es el rubro que cobran las AFP para administrar los recursos que ingresan en la cuenta de ahorro individual y del cual una parte se destina para pagarle a la compañía de seguros, lo cual está autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma que opera tanto en el RAIS como en el RPMPD, por ello se debe tener en cuenta que, de declararse la nulidad, sólo debe reintegrarse los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Además, que conforme el artículo 1746 del Código Civil, cuando se declara la nulidad, se da el derecho a las partes de restituir las cosas al estado en que se encontraban como si no hubiese existido el acto o contrato nulo, por tanto, se deben aplicar las restituciones mutuas porque el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, pues de no hacerse se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, aunado que al ser indexados se está generando un doble cobro.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES y PORVENIR S.A insistió en los argumentos de defensa de la contestación de la demanda. COMPAÑÍA SEGUROS DE BOLIVAR S.A solicitó se confirma la sentencia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES, conforme al artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centra a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor HERNÁN SAA OBREGÓN al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución indexada de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia del promotor de la acción en el régimen privado

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto, a saber, que: **i)** el señor HERNÁN SAA OBREGÓN se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 15 de septiembre de 1994, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 1° de enero de 2001⁷; **ii)** presentó solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., el 18 de enero de 2001 (f. 25 Archivo 11 ED); **iii)** su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1° de marzo de 2001 (f. 32 Archivo 11 ED); **iv)** suscribió formulario de vinculación con la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A., el 23 de septiembre de 2003 (f. 71 Archivo 16 ED); **v)** estuvo afiliado a PORVENIR S.A. hasta el 30 de septiembre de 2008 (f. 68 Archivo 16 ED); **vi)** que el 30 de septiembre de 2008 se afilió nuevamente con COLFONDOS S.A. (f. 69 Archivo 16 ED) y; **vii)** se le reconoció pensión de sobrevivientes en la modalidad de renta vitalicia por parte de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., el 1° de mayo de 2014, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge María Isabel Piedrahita García (Q.E.P.D.) (fs. 29-30 Archivo 20 ED).

⁷ Archivo GRP-SCH-HL-2015_8726620-20150915035309.PDF del Expediente Administrativo Carpeta 07

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP 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 los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la 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 AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como sí lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene 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 lo que jurisprudencialmente se ha*

denominado 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, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.” Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó COLFONDOS S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es*

imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien el actor suscribió el formulario de afiliación con COLFONDOS S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a COLFONDOS S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se les exigió a las AFP privadas convocadas al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron, pues no aportaron ningún elemento de prueba, más allá del formulario de afiliación para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor HERNÁN SAA OBREGÓN, no obstante, se adicionará el numeral primero de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden a COLFONDOS S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente al demandante, ilustrándolo 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; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de COLFONDOS S.A., no existen razones jurídicas para que esa AFP no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

En ese sentido, se adicionará la sentencia, pues la a quo omitió referirse a la obligación que también le asiste a PORVENIR S.A. de retornar los gastos de administración que cobró durante el tiempo en que el actor estuvo vinculado con dicha AFP y; además, también omitió pronunciarse frente a la obligación de las AFP del RAIS, en este caso, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., de retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados al RPMPD, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. deberán transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y, además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una de dichas AFP del RAIS (SL3871-2021). 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 (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la apoderada de COLFONDOS S.A., pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que no hacen parte del ahorro pensional de la cuenta individual del afiliado, sino que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tenga derecho a recibirlos actualizados.

Adicionalmente, tal como acertadamente lo indicó la a quo, el hecho de que al actor se le haya reconocido una pensión de sobrevivientes no tiene incidencia alguna en su traslado de régimen pensional, pues ha de tenerse en cuenta que, como lo indica la propia aseguradora con la que se suscribió el contrato de renta vitalicia por parte del beneficiario, dicha prestación se causó por los aportes realizados por la causante, es decir, la cónyuge del aquí demandante, y no con el saldo de su cuenta de ahorro individual, la cual se encuentra incólume en la administradora del RAIS a la cual está actualmente vinculado, esto es, COLFONDOS S.A.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues

vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES expuestos en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del

30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia, una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia No. 172 del 5 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR**

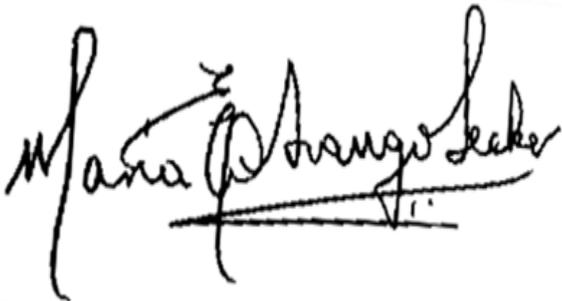
S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que el señor **HERNÁN SAA OBREGÓN** estuvo afiliado en cada de dichas AFP del RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia, una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO