

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: CECILIA RINCÓN VERDUGO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS.
LLAM. GARANT. MAPFRE S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-006-2020-00296-01
ASUNTO: Consulta sentencia de marzo 23 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 octubre 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, frente a la Sentencia No. 90 del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **CECILIA RINCÓN VERDUGO** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-006-2021-00563-01**, dentro del cual se llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

SENTENCIA No. 245

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare que PORVENIR S.A., al trasladarla de régimen, no cumplió con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional; como consecuencia de ello, se decrete la ineficacia del traslado al RAIS; se ordene a COLFONDOS S.A trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPMPD y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de mayo de 1961; que el 3 de marzo de 1986 se afilió a través de su empleador al ISS hoy COLPENSIONES; que en mayo de 1996, se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., atendiendo las recomendaciones del Ejecutivo de Cuenta y sin que mediara asesoría, convencida que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional; que antes de cumplir los 47 años no recibió por parte de PORVENIR S.A., asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPMPD, por lo que quedó inmersa dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de régimen como lo dispone la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003; que el 17 de junio de 2009, se trasladó a SKANDIA S.A. y el 28 de noviembre de 2014 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que solicitó que se declarara la nulidad de su traslado de régimen pensional, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A.². La administradora no presentó oposición a las pretensiones de la demanda, pero argumentó que la actora suscribió el formulario de vinculación de manera libre voluntaria e informada, con el consentimiento informado, por lo que ese traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, señalando que la asesoría se realizaba de manera presencial y verbal, por lo cual el traslado se encuentra exento de vicios del consentimiento y la demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen.

¹ Fs. 4-36 Archivo 01 Expediente Digital

² Fs. 3-7 Archivo 03 Expediente Digital

SKANDIA S.A.³. La entidad se opuso a la prosperidad de la acción argumentando que la demandante no manifiesta en el relato de los hechos, ni en las pretensiones, así como tampoco allega prueba si quiera sumaria, las razones de hecho que sustentan la presunta indebida información al momento de la afiliación al RAIS, así como tampoco el grave perjuicio que predica con su traslado de régimen pensional. Contrario a lo anterior, se observa en la documental que se allega, que las decisiones en materia pensional durante su vida laboral estuvieron encaminadas a manifestar su voluntad de pertenecer al RAIS y consolidar allí su derecho pensional. Esto teniendo en cuenta no solo su afiliación inicial, sino además los múltiples traslados efectuados entre administradoras de dicho régimen. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía contra MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁴

COLPENSIONES.⁵ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado al RAIS la 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 24 años de la administración de sus bienes en el fondo privado. 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.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁶. La aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, abajo el argumento que la supuesta falta de asesoría al momento del traslado de régimen no está sustentada en el escrito de la demanda, como tampoco en las pruebas aportadas. Agregó, que el seguro previsional ampara

³ Fs. 69-81 Archivo 05 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-8 Archivo 05 Expediente Digital

⁵ Fs. 4-18 Archivo 07 Expediente Digital

⁶ Fs. 3-13 Archivo 09 Expediente Digital

exclusivamente los riesgos de muerte e invalidez, los cuales no son materia de pretensión dentro del proceso. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Plena validez de los contratos de afiliaciones suscritos por la demandante; el traslado en forma voluntaria de regímenes, está revestido de legalidad y eficacia; cumplimiento del deber de información al demandante; carencia de acción y de derecho sustancial de la llamante en garantía; imposibilidad de afectar la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Limitaciones del contrato de seguro; prescripción.

PORVENIR S.A.⁷. La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que, a la demandante, al momento de la afiliación, se le proporcionó información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), permitiéndole de esta forma que tomara una decisión libre, informada y sin presiones. Además, que la AFP ha implementado un plan denominado “11 años”, a través de cual informa a todos sus afiliados la posibilidad de acercarse a las instalaciones y recibir información relacionada con la permanencia o no en el RAIS, debido a la proximidad de entrar en la prohibición entre regímenes de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe.

PROTECCIÓN S.A.⁸. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando en su defensa que el traslado cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la administradora se realiza con total profesionalismo y ética, ya que todos contaban con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo. Es decir que los asesores o ejecutivos de cuenta sí contaban con una capacitación e instructivo sobre qué tener en cuenta para cada cliente al momento de hablar con ellos, conocer su estado actual laboral, familiar y de ingresos, haciéndole conocer sus riesgos en el evento que existieran, y así poderlo orientar con el fin de que cada uno tomara su propia decisión de afiliarse o no. Este instructivo o

⁷ Fs. 2-24 Archivo 12 Expediente Digital

⁸ Fs. 2-13 Archivo 29 Expediente Digital

guía era y sigue siendo de obligatorio cumplimiento. Los asesores o ejecutivos de cuenta entregaban explicaciones claras, comprensibles, tanto de la situación financiera actual como de la futura, teniendo siempre como horizonte la pensión de cada uno de los asesorados, pero decir ahora que no la asesoraron debidamente, no es concebible, pues su objetivo en este proceso es culpar a la AFP a la que ha estado afiliada y de la cual recibió permanentemente asesoría integral y profesional, pues la demandante fue lo suficientemente ilustrada, para que tomara su decisión de afiliarse y de permanecer en el RAIS de manera consciente. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: validez de la afiliación de la actora a PROTECCIÓN; ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; prescripción; compensación; buena fe de la entidad demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A.; innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 90 del 23 de marzo de 2023, resolvió:

“Primero. - DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por la señora CECILIA RINCON VERDUGO identificada con la C.C.23.554.403 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por COLFONDOS el cual tuvo lugar el 01 de julio de 1996.

Segundo. - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al Afiliado (a).

Tercero. - ORDENAR a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la Demandante 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 aquí demandada.

Cuarto. - ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Actora y a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones del llamamiento en garantía.

Quinto. - NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.

Sexto. – SI NO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior.

Séptimo. - *CONDENAR a COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCION a pagar el equivalente a UN SMLMV por cada una, a título de AGENCIAS EN DERECHO.*”

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que el eje del debate era si las AFP del RAIS demandadas al momento previo al traslado asesoraron debidamente y de manera detallada a la demandante acerca de todo lo referente a esta acción, por ejemplo, que consecuencias tendría, que beneficios obtendría y cuales perdería; y si se le informó sobre lo relacionado con los beneficios y perjuicios del régimen al cual se trasladaría eventualmente y si una vez ya consolidado el traslado, las AFP cumplieron sistemáticamente con esas funciones, pues la carga de la prueba recae sobre el fondo, por ser la parte que está en mejor posición de hacerlo puesto que la manifestación del afiliado (a) de no haber recibido una información clara y comprensible sobre la afiliación, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse por quien cumplió con esa obligación, pero no se encontró prueba alguna conducente que demostrara que la AFP del RAIS fue diligente y eficaz al momento de brindar una información completa que permitiera al afiliado (a) 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 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, lo que abría paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, 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 no se accedía al llamamiento en garantía por encontrarse infundado, acogiendo la tesis expresada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en Auto 135 del 21 de septiembre de 2021, proferido por la M.P. ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ dentro del proceso con radicación 76- 001-31-05-18-2021-00153-01.

CONSULTA

Se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T. Y S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró la tesis expuesta al contestar la demanda, al igual que SKANDIA Y PORVENIR. Por su parte, la parte demandante ratificó los fundamentos y pretensiones de la demanda. Surtido el trámite procede la Sala al estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centra a resolver: si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora CECILIA RINCÓN VERDUGO al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y las consecuencias de ello.

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: **i)** Que la señora CECILIA RINCÓN VERDUGO se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 3 de marzo de 1986, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 15 de abril de 1996 (fs. 40-41 Archivo 01 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., el 21 de abril de 1996 (f. 47 Archivo 12 ED); **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1º de julio de 1996 (f. 43 Archivo 12 ED); **iv)** Que suscribió formulario de vinculación con SKANDIA S.A., el 27 de febrero de 2007 (f. 84 Archivo 05 ED); **v)** Que suscribió formulario de vinculación con la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 25 de noviembre de 2008 (f. 14 Archivo 29 ED); **vi)** Que el 17 de junio de 2009 se afilió nuevamente con SKANDIA S.A. (f. 85 Archivo 05 ED) y; **vii)** Que se trasladó a COLFONDOS S.A., el 28 de noviembre de 2014, siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculada (f. 8 Archivo 03 ED).

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 si 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 PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adocinado 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 la actora suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR 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 a la potencial afiliada 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 la demandante a PORVENIR 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 de la señora CECILIA RINCÓN VERDUGO, no obstante, se

adicionará el numeral primero de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

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 la actora 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, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la 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 las AFP del RAIS, no existen razones jurídicas para que esas AFP no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de las entidades privadas, 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., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. de retornar los gastos de administración que cobraron durante el tiempo en que la actora estuvo vinculada con dichas AFP y; además, también omitió pronunciarse frente a la obligación de las AFP del RAIS, en 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, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA 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 la demandante estuvo afiliada 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).

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 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, 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. Sin Costas en esta instancia por conocerse en consulta.

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. 90 del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

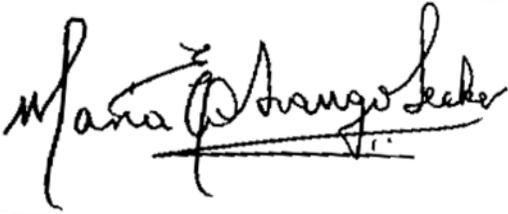
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que la señora **CECILIA RINCÓN VERDUGO** estuvo afiliada en cada una 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: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO