

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-004-2018-00538-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.262

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2021, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 032 del 31 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se imponga a **COLFONDOS S.A.** la obligación de trasladar a **COLPENSIONES** los aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses, y los gastos de administración.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible de folio 4 a 12 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 81 a 98 Archivo 01 ED (Colpensiones) y folios 18 a 29 Archivo 02 ED (Colfondos).

Mediante Auto No. 526 del 14 de abril del 2014, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito remitió el expediente para que fuese continuado el proceso por parte del Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en virtud de lo señalado en el Acuerdo No. CSJAA2121-20 del 10 de marzo de 2021 (f. 42 Archivo 02 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 032 del 31 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** “(...) *todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, contenidos en su cuenta individual de ahorro, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los bonos pensionales, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización, destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados (...)*”. Así mismo, le impuso a la **COLPENSIONES** la obligación de admitir a la demandante en el RPMPD.

Fundamentó su decisión en que, de acuerdo con lo establecido en los numerales 12 y 13 del literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de afiliarse a un régimen u otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, es decir, no debe existir ninguna duda sobre la conveniencia de pertenecer a cualquiera de estos, por lo que las administradoras de pensiones deben dar una información inteligible, exacta, pertinente y oportuna, no solo de aspectos positivos sino también de los negativos, conforme lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral de la CSJ en recientes pronunciamientos como la Sentencia SL5686-2021, en la que se establece además que son las AFP las encargadas de demostrar el cumplimiento del deber de información, el cual, de ser omitido, da lugar a la ineficacia de la selección o traslado, al partirse del hecho que la decisión no fue informada, y esta mediada de error.

En ese sentido, precisó que en el particular no hay prueba contundente que permita inferir que al momento del traslado, **COLFONDOS** hubiere ofrecido a la demandante información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado al RAIS y su permanencia en este, en tano no existe documento que acredite asesoría personal y completa, coligiendo que la actora desconocía la incidencia de su decisión en sus aspiraciones pensionales, lo cual no puede derivarse de la suscripción de una forma preimpresa. Dijo que tampoco se evidenciaba la entrega del plan de pensiones, la asesoría sobre el retracto, al paso que señaló que la pretensión de ineficacia no era susceptible de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** recurrió la decisión sosteniendo que, con base en la teoría de la carga de la prueba, reposa en cabeza de los fondos de pensión la obligación de desvirtuar los supuestos alegados por el demandante, exigencia que no ha podido ser cumplida por estos ya que solo cuentan con los formularios de afiliación, implicando que las decisiones judiciales sean condenatorias, y de esa manera también afecten los intereses de la administradora del RPMPD. Resaltó que en la Sentencia SL413-2018 se establece que no solo el formulario es la única muestra de voluntad, sino que también existen otros como la solicitud de información de saldos, asignación y cambios de clave, por mencionar unos actos de relacionamiento de la entidad que pueden derivar el compromiso serio de pertenecer a ella, existiendo correspondencia entre voluntad y acción, de lo que no queda duda la voluntad de pertenecer a determinado régimen, aunado a que, en sentencia emitida dentro del Rad. No. 68852, la Corte Suprema de Justicia consideró que pese a existir un deber de información en cabeza de las administradoras, ello no exonera a los afiliados de concurrir suficientemente informados sobre su régimen pensional, de lo cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo, como tampoco procede darle un tratamiento desigual pensando que su capacidad para celebrar actos o contratos estuviera menguada, toda vez que de su elección dependerá el futuro de las consecuencias amparadas por el sistema de seguridad social.

Seguidamente, indicó que el requisito de la doble asesoría no estaba estipulado para la época del traslado del actor, y este tampoco ha demostrado la existencia de vicios del consentimiento, o que su firma en el formulario hubiere sido suplantada, ya que además validó su decisión permaneciendo durante más de quince (15) años, no solicitó corrección de historia laboral, y mucho menos arrimó historia laboral para determinar cuál de los regímenes le conviene más, sumado a que el hecho de la ineficacia le es inoponible a COLPENSIONES, al ser un tercero de buena fe, debiendo propenderse por la seguridad patrimonial de esta, ya que con la decisión se termina provocando la afectación de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, insistiendo en que, los efectos de la ineficacia del acto solo afectan a quienes participaron de este, y en este caso ocurre que **COLPENSIONES** no actuó en la afiliación de la demandante a **COLFONDOS**.

Así mismo, recordó que, en observancia del principio de sostenibilidad del sistema, deben trasladarse a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, y bonos de administración. Por último, solicitó la revocatoria de la condena en costas, tras argumentar que no hizo parte del contrato del que se declara la nulidad.

A su turno, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** apuntó en contra de la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, tras considerar que este cobro obedece a un mandato de la Superintendencia Financiera, destinada para la administración de los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados equivalente al 3%, utilizado también para pagar las pólizas antes las compañías de seguro, descuento autorizado por el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera para ambos regímenes pensionales, por lo que no procede la condena en cuestión, como quiera que los recursos ya fueron utilizados en la administración de los aportes, lo que generaría un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**, y de paso, un doble cobro a la AFP.

De igual forma, solicitó la absolución de lo atinente al pago de las sumas adicionales, las cuales solo son reconocidas por las aseguradoras que expiden el seguro previsional de invalidez o sobrevivencia, y cuando se presente alguna de estas contingencias, previo cumplimiento de los demás requisitos, es decir, estos rubros no se causan ante el traslado de régimen pensional. Luego, adujo que frente a frutos e intereses, no existen valores en favor del actor, y si bien se generaron rendimientos del 60% estos están integrados en los valores que debe acreditar la demandante conforme el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, para lo cual agregó que, si la consecuencia de la ineficacia es tener que el contrato de afiliación nunca existió, la AFP no administró la cuenta de la demandada, los rendimientos no se produjeron, y tampoco se cobró la comisión de administración, trayendo a colación el artículo 1746 del código civil que habla de las restituciones mutuas, a efectos de precisar que, ante la ineficacia declarada, no se puede desconocer que el bien administrado causó unos frutos y mejoras, los cuales, en casos como el estudiado, para la demandante son los rendimientos y para la entidad los gastos de administración, misma que debe conservar más en el evento de hacer rentar los aportes del afiliado.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término el apoderado de Colpensiones, los que pueden ser consultados en el archivo 04 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y prima previsional de seguros.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (I) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1994 a 1999 la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **COLFONDOS S.A.** el 22 de marzo del 2000, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 31 Archivo 02 ED y Archivo 05 ED).
- (II) Así mismo, el 23 de octubre de 2018 la señora **MOSQUERA MOSQUERA** suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 14 y 16 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y*

suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante **COLFONDOS S.A.** (f. 31 Archivo 02 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, contrario a lo manifestado por la apoderada de **COLPENSIONES**, resáltese que la jurisprudencia ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, 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 con la afiliada, 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 (...)” (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada, aunado a que en la relación afiliado – AFP, el primero está en una condición desigual frente a la temática tratada. En esos términos quedó recordado en la Sentencia SL1452-2019 que recabó: “(...) *Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. **Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*** (...)” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes cuáles serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de

régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, **el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

En armonía con ello, y no obstante lo dicho por la mandataria de la administradora de origen público, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Ahora, conforme lo alegado por **COLPENSIONES** concerniente a la teoría de los actos de relacionamiento, hay que decir no se relleva la existencia de una línea de sentencias en la que se sostenga la tesis de estos actos dentro del RAIS para suponer cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, amén de que las decisiones al respecto han sido proferidas en sala de descongestión, por lo que no se estima que comporte un cambio de posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema.

De hecho, resáltese que decisiones donde se estudiaba su desarrollos, han sido objeto de estudio en sede de tutela, citándose a manera de ejemplo sentencias como la STP15228-2021 del 7 de septiembre de 2021 y STP17670-2021 del 9 de diciembre de 2021, en las que se ordenó a la Sala de Descongestión mencionada dejar sin efecto los pronunciamientos dictados en ese sentido, y resolver nuevamente el asunto partiendo de la postura asumida por la Sala de Casación Laboral permanente sobre el tema estudiado, que, en efecto, dista de lo considerado en aquellas posiciones insulares.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo se deban retornar todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandada.

En este punto de la decisión, es válido anotar frente al argumento de inoponibilidad de los efectos de la ineficacia en cabeza de **COLPENSIONES**, que, si bien es cierto que esta entidad no tiene por qué asumir los perjuicios derivados de dejar sin efectos la afiliación de la actora al RAIS, precisamente por no haber tenido injerencia en lo que sucedió entre el fondo de pensiones privado y la afiliada, desde la Sentencia hito sobre la temática (Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008), la Jurisprudencia se ha esforzado por precisar que la consecuencia primaria de la ineficacia del traslado es retrotraer las cosas al estado anterior al acto irregular, caso por el cual debe entenderse que el usuario siempre ha pertenecido al RPMPD o debe retornar a este, senda en la que se ha esclarecido que los daños originados con su actuar deben ser asumidos por la AFP, esto al considerar que:

“(…) 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.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada (...)

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que esta, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir **el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento a los recursos del RPMPD, anunciado por la apoderada de COLPENSIONES.**

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la 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 deberán ser asumidos por **COLFONDOS S.A.** con cargo de su propio peculio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza publica que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún

modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **COLFONDOS S.A.**, pues pese a lo señalado por su apoderada, si bien el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la administradora del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RMPMD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Es pertinente poner de relieve que la orden emanada en la sentencia en lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses generados, aquella no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere.

Sobre las **restituciones mutuas**, punto aludido en la alzada de la AFP, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la parte actora.

En relación con la excepción de prescripción, de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la

Constitución Nacional, extensible en este caso a las obligaciones económicas derivadas de la declaratoria de ineficacia y a cargo de la AFP (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES**, considera la Sala que tampoco le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la Sentencia confutada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 032 del 31 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

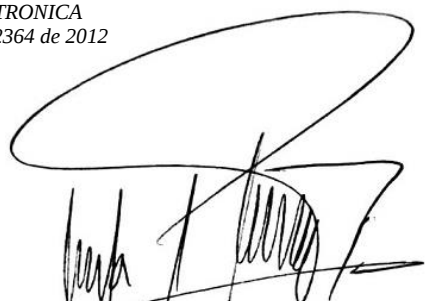
Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	PEDRO NEL MARTÍNEZ MORENO
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
RADICADO	76001310500120220029 01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ESNEDA MOSQUERA MOSQUERA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICADO	76001-31-05-004-2018-00538-01

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BEATRIZ EUGENIA HIGUERAS ROMERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP
RADICADO	76001-31-05-005-2020-00055-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

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

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

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

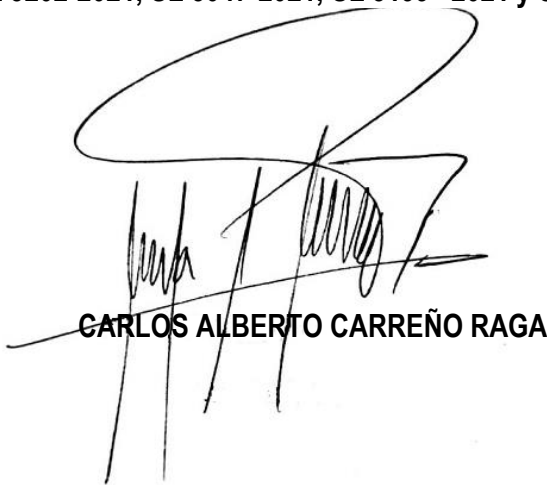
apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”².

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

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

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

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy García García

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 010 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **bc29256c64df5efb88fde9803cf7bdb5ad46a29fc2a6c20223e52c42d5fcd14**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:46 PM

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