



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-010- 2021-00458-01
Juzgado de origen:	Décimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Edgar Peña Arias
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	199

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones. contra la sentencia No. 16 emitida el 02 de febrero de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad -RAIS- en Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita, el pago de costas procesales y agencias en derecho. (Folios 04 a 08 Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Colfondos S.A.

Colfondos S.A., y Colpensiones mediante escritos visibles a folios 03 a 15 Archivo 08 PDF y 03 a 13 Archivo 10 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

2.2. Trámite procesal

El juez al momento de fijar el litigio le pregunta a la parte actora que sí estuvo afiliado a Horizontes hoy Porvenir S.A., pues en el expediente obra certificación de Colpensiones donde se aprecia que su estado es traslado a otro fondo; además, se indica frente a la información histórica “retracto” con horizontes en marzo de 1998. A lo que respondió que, *“yo no me afilie, a nosotros nos metieron en Horizontes con firma falsificada, que se hizo reunión con el ingenio del cauca, jefe de personal y representantes de ese fondo, donde todo eso se retracto y nos devolvieron otra vez a Colpensiones...no recuerdo si el ingenio hizo aportes a esa entidad, yo me di cuenta, eso fue rapidito que nos dimos cuenta, porque en el desprendible de pago nos salió horizontes y muchos hicimos el reclamo inmediatamente”*

Conforme lo anterior, el a quo aduce que no se hace necesario la vinculación de Porvenir S.A., pues conforme a la historia laboral de Colpensiones, se aprecia que para el periodo mencionado -marzo de 1998- los aportes de todo el año 1998 se realizaron al ISS hoy Colpensiones de forma continua e ininterrumpida. Lo que evidencia que no existió traslado ni pago de aporte alguno (Archivo 08.00 a 13:11 Archivo 6VideoSentencia.mp4).

Ahora de la revisión del plenario se evidencia que Colpensiones en certificación del 14 de julio de 2011, señaló lo siguiente:¹



Sin embargo, tal y como lo manifestó el juez de primer grado, de la historia laboral de Colpensiones se extrae que para el mes marzo de 1998 el actor realizó cotizaciones ante el RPM como se observa:²

81190027	INDRO DEL CAUCA S	0109/1997	30/09/1997	3993.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INDRO DEL CAUCA S	0110/1997	31/10/1997	3993.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0101/1998	31/01/1998	3975.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0102/1998	29/02/1998	3708.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0103/1998	31/03/1998	3749.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0104/1998	30/04/1998	37.224.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0105/1998	31/05/1998	3943.000	4,25	0,00	0,00	4,25
81190027	INCALCA SA	0106/1998	30/06/1998	3712.000	4,25	0,00	0,00	4,25

81190027	INCALCA SA	81	199801	1998/1998	3126870267198	\$ 979.175	\$ 1.76.740	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980101
81190027	INCALCA SA	81	199802	1998/1998	3126870267217	\$ 796.814	\$ 189.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980201
81190027	INCALCA SA	81	199803	1998/1998	3126870267235	\$ 1.736.057	\$ 361.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980301
81190027	INCALCA SA	81	199804	1998/1998	3126870267253	\$ 1.224.050	\$ 190.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980401
81190027	INCALCA SA	81	199805	1998/1998	3126870267271	\$ 840.870	\$ 137.100	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980501
81190027	INCALCA SA	81	199806	1998/1998	3126870267289	\$ 1.131.852	\$ 90.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980601
81190027	INCALCA SA	81	199807	1998/1998	3126870267307	\$ 879.798	\$ 138.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980701
81190027	INCALCA SA	81	199808	1998/1998	3126870267325	\$ 832.909	\$ 138.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980801
81190027	INCALCA SA	81	199809	1998/1998	7400000000000	\$ 870.230	\$ 131.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19980901
81190027	INCALCA SA	81	199810	1998/1998	74000000007194	\$ 1.230.240	\$ 190.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19981001
81190027	INCALCA SA	81	199811	1998/1998	74000000007364	\$ 791.790	\$ 138.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19981101
81190027	INCALCA SA	81	199812	1998/1998	74000000000010	\$ 1.838.138	\$ 141.800	0.0	80	80	Pago aportado al periodo 19981201

Lo anterior demuestra que no existió traslado, ni se realizaron aportes ante Horizonte pensiones y cesantías, hoy Porvenir S.A., como lo concluyó el juez de primera instancia.

¹ Flio 38 Archivo 01PDF

² Flios 417 a 429 Archivo 10ContestoColpensiones.pdf

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 16 emitida el 02 de febrero de 2023. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante. **Tercero**, declarar como única afiliación válida de la parte demandante, la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **Cuarto**, condenar a Colfondos S.A. traslade a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, , los gastos de administración con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. **Quinto**, ordenar a Colpensiones, que una vez traslade los recursos del RAIS al RPM, impute lo mismo en la historia laboral **Sexto**, condenar en costas a Colfondos S.A. **Sexto**, remitir el expediente a consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. En caso de omitir dicho deber por parte del fondo, se debe declarar la nulidad del acto de afiliación, pues no basta la firma en el formulario de afiliación para demostrar la asesoría brindada.

Resalta que conforme a la historia laboral realiza cotizaciones al ISS hasta el 31 de agosto de 2005, para esa fecha el demandante tiene más de 1248 semanas de cotización, siendo un caso relevante frente a sus cotizaciones, lo que denota que no hubo una debida asesoría, ni estudio detallado, realizándose una omisión por parte del fondo privado.

Concluyó que conforme a las pruebas aportadas no se evidencia que el fondo privado hubiese otorgado la información completa, veraz al momento del

traslado e imparcial por parte de Colfondos S.A.; por lo anterior, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, el apoderado judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación.

4.1. Colpensiones

Señaló que, conforme a la normatividad, el actor se afilió de manera libre y voluntaria, ello lo demuestra con el formulario de afiliación y por permanecer por más de 20 años en el RAIS. Que declarar la ineficacia sería desconocer la coexistencia de regímenes pensionales sino también, la obtención de beneficios que no les corresponde, cuando se encuentra ad portas de obtener la edad de pensionarse. Además, existen requisitos para poder trasladarse, y por no cotizar generaría una descapitalización, y las garantías mínimas de los demás afiliados se afectarían. Que la entidad ha actuado legalmente, pues es el fondo privado quien debía brindar la información. Se opone también a la condena en costas.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: la parte demandante en Archivo 04PDF (cuaderno Tribunal). Las demás partes guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

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

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Colpensiones?

2. Respuesta a los problemas jurídicos

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a los fondos privados demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al

sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada *–cuando no imposible–* o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de

brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Se desprende de la historia laboral de Colpensiones³, de la información de Colfondos S.A., de la certificación de afiliación RAIS administrado⁴, del formulario de afiliación⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶ que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, desde el 08 de febrero de 1991 al 31 de octubre de 1996.
- b. Según el formulario de vinculación y del detalle de semanas, en el mes de agosto de 2005, el accionante se trasladó a Colfondos S.A., administradora en la que ha continuado cotizando.

En su interrogatorio de parte el actor señaló que, los asesores de Colfondos S.A, le manifestaron que su mesada pensional sería mejor en el RAIS, por lo que fue engañado, no le brindaron una información veraz. Dice que se encontraba "multiafiliado", porque el ISS "no lo soltó". Que un asesor del extinto ISS se dio cuenta de ello, pero le manifestó que debía espera el término para el traslado. Cumplido dicho término, le informaron que aún estaba afiliado al RPM, existiendo confusión entre esa entidad y Colfondos S.A. Luego tomaron la decisión de afiliarlo a Colfondos S.A. Que siempre le respondían que él se encontraba afiliado al ISS (mto 016:47 a 22:51 Archivo 16VideoSentencia.mp4)

Respecto a lo manifestado por el actor, se observa que el extinto Instituto de Seguros Sociales y Colpensiones, certificaron lo siguiente:⁷

³ Fls. 417 a 455 Archivo 10ContestoColpensiones.pdf

⁴ Fls. 11 a 37 Archivo 01 PDF

⁵ Fls. 10 Archivo 01 PDF

⁶ Fls. 58 a 69 Archivo 01 PDF

⁷ Flio 40 a 41 Archivo 01 PDF


EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
CERTIFICA QUE:

Señor (a) **EDGAR PEÑA ARIAS** identificado (a) con Cédula de Ciudadanía **16881364**, está afiliado (a) a la Administradora de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales desde 01/04/1987 y su estado es **ACTIVO COTIZANTE**

gura registrado Bajo el (los) siguiente(s) Empleador(es):

Número Afiliación (ID)	Tipo Afiliante	Razón Social	Tipo Vinculación	Fecha Ingreso Pension	Fecha Inactivación Pension
1502190248	P	PATRONAL TRADICIONAL	DEPENDIENTE	1987-04-01	
1502200060	P	PATRONAL TRADICIONAL	DEPENDIENTE		
281320237	N	GRAN APORTANTE	DEPENDIENTE	2010-12-30	

La presente certificación se expide en VALLE, el 29/09/2011


LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
CERTIFICA QUE:

El Señor (a) **EDGAR PEÑA ARIAS** identificado(a) con Cédula de Ciudadanía No. **16881364**, se encuentra afiliado(a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por COLPENSIONES desde el día 30/04/1987 y su estado es **Activo Cotizante**

Detalle de Afiliación en Pensión de **EDGAR PEÑA ARIAS**

Retiro	Comite	Entidad	Fecha	Estado
Retrato	5	HORIZONTE	03/03/1998	No Aplica
Comite múltiple al RAI	10	CITI COLFONDOS	03/08/2005	No Aplica

La presente certificación se expide en Bogotá, el 29/01/2014.

Posteriormente, en certificación del 07 de septiembre de 2018, Colpensiones señala que el estado del actor es: *“trasladado a otro fondo”*⁸

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
CERTIFICA QUE

Verificada la base de datos de Afiliados, el Señor (a) **EDGAR PEÑA ARIAS** identificado (a) con Cédula de Ciudadanía número **16881364**, estuvo afiliado (a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** y su estado es **TRASLADADO A OTRO FONDO**.

INFORMACIÓN HISTÓRICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

Novedad	Comite Especial	Entidad Definitiva	Fecha	Múltiple/otro fondo/otro país
Retrato	5	HORIZONTE	03/03/1998	No Aplica
Comite múltiple al RAI	10	CITI COLFONDOS	03/08/2005	No Aplica

La presente certificación se expide en Bogotá, el día 07 de septiembre de 2018.

⁸ Flío 42 a 44 Archivo 01 PDF

Dentro de las consultas de multifiliación aportadas con la demanda se explica que pese a que el actor se trasladó a Colfondos S.A. desde el año 2005 registraba como cotizante activo en Colpensiones. No obstante, por comité múltiple se definió que el demandante debía permanecer en el RAIS donde se encuentra activo, que en este caso es Colfondos S.A.⁹



The image shows a screenshot of a web application interface for Colpensiones. At the top left is the Colpensiones logo. Below it, the text reads "CONSULTA COMITES DE MULTIVINCULADOS Y DEPURACION DE BASES DE DATOS". A table with two columns, "DATOS DEL AFILIADO" and "RESULTADO", displays the following information:

DATOS DEL AFILIADO	RESULTADO
DIGITE NUMERO DE DOCUMENTO	24881394
TIPO DOCUMENTO	CC
PRIMER APELLIDO	PEÑA
SEGUNDO APELLIDO	ARIAS
PRIMER NOMBRE	EDGAR
SEGUNDO NOMBRE	O
FECHA SOLUCION	20101006
ADMINISTRADORA RESPONSABLE	COLFONDOS

Ante esta situación, se observa de la historia laboral allegada al plenario que desde el mes de noviembre del año 2011 a marzo de 2016 se registra “no vinculado trasladado RSI” “Aporte Devuelto” (folios 424 a 426 Archivo 10ContestoColpensiones.pdf). De esta manera, el actor se encuentra afiliado en Colfondos S.A.

Aclarado lo anterior, se tiene que en la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la entidad demandada le informó que le convenía más el RAIS porque el monto de su pensión sería más elevada que en el RPM; además, el ISS desaparecería.

Para la Sala, Colfondos S.A. no demostró que haya brindado, al demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del

⁹ folios 47 a 52 Archivo 01PDF

mismo (SL4811-2020). Las documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que el demandante permaneció por varios años en el RAIS, y le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

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

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Colfondos S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.2.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Colfondos S.A. asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: *“...la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.*

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

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización

correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021. Por lo tanto, la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho.

Asimismo, la jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, **la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados--** con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.*

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

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

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

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

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y en favor del actor.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto 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 providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese por edicto la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Fabio Hernan Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

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

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

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*.

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

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

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

**“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25**

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones *«en lo no apelado»*.

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia **«serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas»**, y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: *«Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación»*, (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad

respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado”**

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA