



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	760013105-018-2021-00393-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Lesvia Isabel Hincapié Gaviria
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A.
Decisión:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	036

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por las apoderadas judiciales de Colfondos S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No 347 emitida el 08 de octubre de 2021. 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 de la afiliación o del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-

En consecuencia, que se declare su regreso automático al RPM. Así mismo se ordene a Colfondos S.A., la devolución y el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual a nombre de la Señora LESVIA ISABEL HINCAPIE GAVIRA, con los respectivos rendimientos, debidamente indexado, en consecuencia, estos dineros sean girados a Colpensiones. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 02 a 12 – Archivo 01Expediente01820210039300.Pdf)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colfondos S.A. y Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 07 a 21 de Archivo 11 PDF y de Colfondos S.A. mediante escrito visible a folios 03 a 19 de Archivo 09 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.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 347 emitida el 08 de octubre de 2021 (minuto 16:56 Archivo 16). En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Colpensiones y Colfondos S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado de la señora Lesvia Isabel Hincapié Gaviria, suscribió desde el RPM con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos S.A., **Tercero**, condenar a Colfondos S.A., para que una vez ejecutoriada la sentencia traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si lo hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios si lo hubiere, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio. **Cuarto**, ordenar a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones acepte el traslado de la señora Lesvia Hincapié Gaviria, sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral

tercero deberá actualizar la historia laboral de la señora Lesvia Isabel Hincapié Gaviria, dentro de los dos meses siguientes. **Quinto**, condenar en costas a Colfondos S.A. y Colpensiones como partes vencidas en juicio y a favor de la demandante. **Sexto**, si no fuere apelada la presente providencia por la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se remitirá en grado jurisdiccional de consulta para ante las salas laborales del tribunal superior del distrito judicial de Cali.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. 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. Así mismo adujo que en el interrogatorio de parte la demandante no dio respuesta a algún interrogante que pudiera perjudicarle en el presente proceso.

De esta forma, concluyó que debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta su oposición de forma parcial, en contra de la sentencia 347, Se fundamenta en que Colpensiones no participó del acto que se está declarando nulo y/o ineficaz. Expresó que la decisión fue producto de una conducta desplegada por un tercero ajeno a dicha entidad y que respondió de forma oportuna al demandante la negativa de traslado, como quiera que fue presentada por fuera del término legal. Finalmente, señala que no es la competente para declarar la nulidad o ineficacia entre un régimen, si bien es llamada para recibir los dineros, no es la responsable del acto. Mencionó que existe

jurisprudencia que ha revocado la condena en costas a cargo de Colpensiones, por tanto, solicita revocar el numeral quinto de la sentencia 347 y absolver a Colpensiones de las costas y agencias en derecho impuestas. **(33:09)**

4.2. Apelación Colfondos S.A.

4.2.1. Solicita la revocatoria de la Sentencia 347, bajo el argumento de que Colfondos tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, que consiste en darle todas la herramientas y la información necesaria para que entiendan y transmitan la información sobre características propias del RAIS a los posibles afiliados, teniendo en cuenta esto Colfondos informó para el traslado de régimen de manera adecuada y completa a la demandante acerca de las condiciones bajo las cuales operaría en el RAIS, dada la particularidad de cada caso en concreto el asesor le explicó tales condiciones y la demandante aceptó con la suscripción del formulario de vinculación con Colfondos.

4.2.2. Frente a los gastos de administración por cada aporte realizado por la demandante, adujo, un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía aseguradora, descuento autorizado en la ley. Advierte que en caso de que se declare la ineficacia de la afiliación y se condene a Colpensiones a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, únicamente es procedente la devolución de los aportes más los rendimientos financieros pero no es procedente que se ordene la devolución de lo descontado por protección por gastos de administración, toda vez que se trata de gastos ya causados y fueron debidamente administrados durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Colfondos S.A.

4.2.3. En lo relacionado con la devolución de las primas, manifiesta que estas se encuentran debidamente autorizadas por la ley y una fracción de esta cotización ha sido destinada por la ley para remunerar conjuntamente los servicios de tres agentes económicos, entre los cuales se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, que son un ente de naturaleza fiduciaria y de objeto social exclusivo elegido por cada afiliado para la gestión de su ahorro pensional. Por lo anterior, se opone a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima y todos estos valores indexados con cargo al patrimonio propio de Colfondos S.A., y en tal sentido, pretende se revoque lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros, reaseguro y los saldos de las cuentas no

vinculadas, las cuales se ordenó devolver indexados con cargo al patrimonio de Colfondos S.A. (33:20 a 36:4)

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Parte demandante y Colfondos S.A.:

No se pronunció dentro del término legal.

5.1.2. Parte Colpensiones:

Presentó alegatos mediante escrito visible a folio 7, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal).

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 de la 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. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones,

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, devolución de primas y los gastos de administración?

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

1.5. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es positiva y al segundo interrogante es negativa. Fue acertada la decisión de la *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Colfondos S.A. 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 probatoria, 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. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones², Colfondos S.A.³, el formulario de afiliación⁴, certificación de Asofondos⁵, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, para los riesgos de IVM en el Instituto de Seguro Social desde el 24 de agosto de 1992, efectuando cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1998⁶.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual: el día 07 de octubre de 1998 la parte actora se trasladó a la AFP Colfondos S.A., siendo efectivo a partir del 1° de diciembre de 1998⁷, entidad a la cual actualmente se encuentra vinculado, acorde al reporte de semanas cotizadas, así como de la certificación expedida por Asofondos.
- c. Se supo además del interrogatorio de parte absuelto por **la demandante Lesvia Isabel Hincapié Gaviria, la misma indicó que** inicio la vinculación al Sistema General de Pensiones en el Instituto de Seguros Sociales; que **los motivos o las razones por las cuales se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales a Colfondos, fue por decisión del empleador; que firmó en efecto el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria y que actualmente no goza de alguna**

² Flios 21 a 27 Archivo 11Pdf

³ Flios 19 a 35 Archivo 01Expediente01820210039300.Pdf

⁴ Folio 30 Archivo 09 PDF

⁵ Folios 4 a 7 Archivo 03RespuestaOficioAsofondos.Pdf

⁶ Flios 21 a 27 Archivo 11Pdf

⁷ Folio 5 Archivo 03RespuestaOficioAsofondos.Pdf

pensión de vejez o de invalidez en el fondo privado y finalmente, que pretende regresar a Colpensiones, por obtener una mejor pensión. (Minuto 8:45 a 11"40seg)

2.3.2. En la demanda la demandante manifiesta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, al realizar su afiliación al Fondo Privado, no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podría llegar a adquirir el derecho a su pensión de vejez, toda vez que el promotor de la entidad no le realizó una proyección del monto de su pensión para cuando adquiriera la edad para pensionarse, ni le informó sobre los 15 días que disponía para retractarse de la afiliación, tampoco le informó con diligencia, prudencia y pericia sobre sus derechos y deberes como afiliada y los de la Administradora, ni le hizo entrega del reglamento de funcionamiento aprobado por la Superintendencia bancaria, de manera previa e individual al momento de su vinculación. Manifestó la demandante que COLFONDOS S.A. omitió el deber de proporcionarle información clara y comprensible sobre la incidencia que su traslado de Régimen Pensional podía tener frente a sus derechos prestacionales, de tal forma que pudiera establecer que régimen pensional podría brindare mayores beneficios y así poder tomar la mejor decisión sobre su futuro pensional.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. señaló que si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliada, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, así como toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual, además de indicarle acerca de los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de las prestaciones económicas propiamente en lo que respecta a la pensión de vejez. En consecuencia y al contar la demandante con una información, clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias de los regímenes pensionales, considera, la llevó de manera libre, voluntaria y espontánea a trasladarse de administradora de fondos de pensiones. (Fls. 03 a 19 – Archivo 09).

2.3.3. Para la Sala, Colfondos S.A. no demostró que haya brindado, a la 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 de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción, no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a la que ha estado afiliada el extremo actor.

De igual forma, no se comparte el argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

También se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

*En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal **incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas***”.

Finalmente, 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 Colfondos S.A., 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 se suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, los gastos de administración y primas por seguros previsionales, con cargo a su propio patrimonio.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. 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 otros.

3.2.2. 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 Protección S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión de la *a quo* de ordenar al fondo privado demandado, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a la misma, se ajusta a derecho. 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”***. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

3.2.3. De igual forma, 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.

4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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.

5. Respuesta al quinto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a Colpensiones.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones y Colfondos S.A., en favor de la actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala 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, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Colfondos S.A., en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

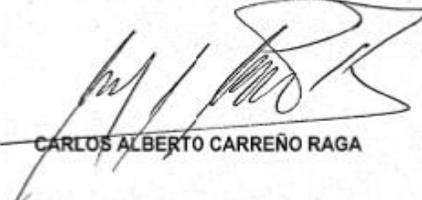
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO POR LA CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)