



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de Abril dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	760013105018202100373-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Marleny Zambrano Bernal
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	093

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 los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A., y Protección S.A., contra la sentencia No 349 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 nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Colpensiones aceptar nuevamente a la parte actora a esa entidad. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 05 a 21 – Archivo 01Expediente PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 08 a 21 – Archivo 16 PDF, Porvenir S.A., a folios 03 a 29 Archivo 15.pdf y Protección S.A. a folios 03 a 30 – Archivo 11 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 **349** emitida el 08 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado de la señora Marleny Zambrano Bernal, que suscribió desde el RPM con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones al RAIS administrado por Porvenir S.A., y por consiguiente la posterior vinculación a Protección S.A. **Tercero**, condenar a Protección 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 y de manera correlativa Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante, sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio. **Cuarto**, condenar a Porvenir S.A., a que una vez ejecutoriada la sentencia traslade a

Colpensiones los valores que hubiere recibido como activo por concepto de cuota de administración, porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los porcentajes de prima de seguro y reaseguro, suma que deberá trasladar debidamente indexada, y con cargo a su propio patrimonio. **Quinto**, ordenar a Colpensiones acepte el traslado de la señora Marleny Zambrano Bernal, sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado del traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia deberá actualizar la historia laboral de la señora Marleny Zambrano Bernal, dentro de los dos meses siguientes. **Sexto**, condenar en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones como partes vencidas en juicio y en favor de la demandante. **Séptimo**, Ordenó remitir la sentencia para que se surta el grado jurisdiccional de consulta

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios los fondos privados no lograron demostrar que hubiesen 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.

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, Porvenir S.A. y Protección S.A., formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones:

4.1.1. Manifiesta su oposición frente al numeral quinto de la sentencia que condenó en costas a esa entidad. 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 la sentencia y absolver a Colpensiones de las costas y agencias en derecho impuestas.

4.2. Apelación Protección S.A.

4.2.1. Solicita absolver a Protección S.A. en relación a la condena de la devolución del porcentaje por comisión de administración, teniendo en cuenta que es aquel porcentaje que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC, que ha realizado la demandante al sistema general de pensiones, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la ley 100 del 93, modificado por la ley 797 2003. En este sentido durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada al fondo de pensiones Protección, ésta ha administrado los dineros que la demandante ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, adicionalmente dicha gestión de administración se ve evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante, los cuales se pueden observar en los movimientos de cuenta que se adjuntaron como prueba.

4.2.2. Aduce que, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo con contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en el estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última a la comisión de administración del afiliado, puesto que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido dichos rendimientos.

4.3. Apelación Porvenir S.A.

4.3.1 La apoderada judicial de Porvenir S.A., solicitó se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas en contra de la demandada bajo los siguientes argumentos: en primer lugar manifestó que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma para el caso toda vez que lo que regía para el momento de afiliación de la demandante era lo correspondiente al año 1999 razón por la cual manifestó, que conforme a que es a partir del 1° de julio de 2010 cuando se considera como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito los beneficios de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, por lo que la afiliación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado en atención a dicha normatividad, además según conceptos y circulares referentes a la materia objeto de análisis se considera como perfectamente admisible que la información a quién quería vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se suministrará de manera verbal, no dejando de ser así completa transparente y verás. Es por lo anterior que insiste, en que la decisión de la señora Marleny Zambrano Bernal fue de forma consciente, espontánea y sin ningún tipo de presión o coacción, en razón a que en primera medida recibió toda la información pertinente al momento de su vinculación seguidamente suscribió el formulario que cumplía con todos los requisitos señalados por la Superintendencia así como con lo establecido en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y finalmente así como al hecho de que con su firma y diligenciamiento del formato se considera como una manifestación inequívoca a la realidad del momento.

4.3.2. Asimismo advirtió que, frente a la condena impuesta por el *a quo* de trasladar todos los valores que existían en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo los gastos de administración puntualmente también a cargo de Porvenir, en dónde ya actualmente no se encuentra vinculada la demandante sino a la AFP Protección, se permitió señalar que dicha condena no es procedente toda vez que teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1746 del código civil, las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia en sentencias judiciales, no hay lugar a devolver las deterioras que se causen producto de dicho acto jurídico. Ultimó, que si se declara la ineficacia aplicando el referido artículo no hay lugar entonces a que se ordene a la demandada, a devolver las cuotas y gastos de administración, porque dichos gastos son los que se deben entender como pérdidas o deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

4.3.3. Bajo los mismos términos, con relación a la condena impuesta a Porvenir S.A., de devolver el porcentaje destinado al fondo de pensiones de garantía mínima, afirmó que

dichas sumas ya se encuentran extintas y por lo tanto no hacen parte de los dineros que administra la demandada para ser devueltas.

4.3.4. Finalmente con relación a la condena correspondiente a las primas de seguro y reaseguro, indicó que no es procedente tal devolución ya que no se encuentran en poder de Porvenir S.A., sino en el de la compañía aseguradora que contrató para la cobertura de las contingencias invalidez y muerte, así mismo manifestó que la destinación de dichas sumas también cumplieron con su objetivo y en consecuencia aquellas ya se agotaron y extinguieron, también la cobertura que brindó la compañía de seguros y ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible. En otros términos, refirió que la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada con Porvenir S.A., en general en el régimen de ahorro individual con solidaridad, estuvo y estaba amparada en los riesgos de invalidez y muerte a través de los seguros contratados, primas que fueron pagadas a terceros y causadas y por lo tanto, no se encuentran en poder de la demandada para ser devueltas.

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, Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.:

Colpensiones mediante escrito visible a folio 08 Archivo 04 PDF, Porvenir S.A. a folios 03 a 06 Archivo 05 PDF y Protección S.A. a folios 03 a 04 Archivo 06 PDF, respectivamente, (cuaderno Tribunal) presentaron alegatos de conclusión. La parte actora guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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".

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. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, trasladen a Colpensiones los bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, éstas últimas de manera indexadas?

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 interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la a *quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Protección S.A. y Porvenir 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.

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, Porvenir S.A.³, y Protección S.A.⁴, el formulario de afiliación⁵, y la certificación de Asofondos⁶, 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, del 12 de diciembre de 1986 a 30 de noviembre de 1998.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 09 de diciembre de 1998, se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad el 1º de febrero de 1999 hasta el 30 de abril de 2002. Luego, se efectuó el traslado a ING, el día 20 de marzo de 2002, con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2002, realizándose posteriormente cesión por fusión el día 31 de diciembre de 2012 a Protección S.A., a partir del 31 de diciembre de 2012.

² Flios 22 a 29 Archivo 16 – PDF

³ Folio 30 A 34 archivo 15 - PDF

⁴ Folios 34 a 50 Archivo 11 – PDF

⁵ Folio 51 Archivo 11 – PDF y Folio 4 Archivo 03 – PDF

⁶ Flio 07 Archivo 04 – PDF

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	1998-12-09	PORVENIR	COLPENSIONES	1999-02-01	2002-04-30
Traslado fondo	2002-03-20	ING	PORVENIR	2002-05-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	PROTECCION	ING	2012-12-31	

2.3.2. En la demanda se argumenta que, las promesas de los asesores de Porvenir AFP y Protección S.A., a la demandante, de poder obtener en el régimen de ahorro individual una pensión superior a la que podría obtener en el régimen de prima media, fue lo que llevo a determinar el consenso de la demandante. Para Marleny Zambrano Bernal el monto de la futura pensión, era la circunstancia más importante del traslado o vinculación al régimen de ahorro individual, pues de la misma dependía su sustento y calidad de vida digna, en su tercera edad. De haber conocido de antemano, antes de firmar el formulario de traslado, que el valor de su mesada pensional podría verse afectado y podría disminuir paulatinamente, por las contingencias que debían cubrirse en el RAIS, con el dinero depositado en su cuenta de ahorro individual, ella no hubiera dado su consentimiento.

Eventos que se confirmaron en el interrogatorio de parte de la demandante **Marleny Zambrano Bernal** (Mit. 12:40 seg), donde indicó que los motivos o las razones por las cuales se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales al fondo privado, fue al **visitar la** compañía, les manifestaron que tendrían un mejor rendimiento del ahorro que alcanzaría a futuro, un mejor beneficio pasándose al fondo privado; que para esa época se decía que el Seguro Social en ese momento se daba por terminado y perderían su ahorro en pensiones. Agregó que para ese momento no gozaba de pensión alguna. Y que los motivos por los cuales quiere regresar a Colpensiones, son que al efectuársele una proyección de la pensión que tendría a través del fondo y lo que devenga, la pensión es muy baja y con este tema de que cada vez se bajan los intereses la proyección que se viene es básicamente ganarse un mínimo, suma que aduce, no fue lo que le prometieron al momento del traslado.

Por su parte, las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. señalaron que la información proporcionada a la demandante fue veraz, real y oportuna al momento de suscribir el formulario de traslado y que ésta fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando ella misma la decisión de vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., por lo que su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada. (Fls. 03 a 29 – Archivo 15 y Folios 3 a 30 Archivo 11, respectivamente).

2.3.3. Para la Sala, Porvenir S.A. y Protección S.A. no demostraron que hayan 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 del mismo (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 las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la administradora a la que ha estado afiliado la accionante.

Dígase además, que dentro del interrogatorio de parte formulado a la actora, ésta señaló que le fue informado que el ISS se acabaría. Le fue explicado que su mesada pensional sería superior en el fondo privado y que obtendría mejores beneficios⁷. Lo que demuestra que no le fue suministrada la información suficiente a la parte demandante.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 Porvenir S.A. y Protección S.A. suministraron a la demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., y Porvenir S.A. deben trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con

⁷ Mto 12:40 a 17:52 Archivo 22 Audiencia.

destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro

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. y Porvenir 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 vinculada 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 Porvenir 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.

4. Respuesta al tercer 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 cuarto problema jurídico.

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 de la *a quo* a Colpensiones S.A.

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, Porvenir S.A. y Protección S.A. y 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, Protección S.A. y Porvenir S.A. y 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 HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Con ausencia justificada.

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)