



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	760013105018202100467-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Elber Tello Brand
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	96

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 398 emitida el 11 de noviembre 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 el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. y a Porvenir S.A. que devuelvan a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldos de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y aportes voluntarios. Finalmente, requiere lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 05 a 16– 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 08PDF, Porvenir S.A., a folios 03 a 32 Archivo 10PDF y Protección S.A. a folios 03 a 20 – Archivo 11PDF 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 398 emitida el 11 de noviembre 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. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del actor, 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 Porvenir S.A., para que una vez ejecutoriada la sentencia traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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, prevista en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 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**, condenar a Protección 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 del demandante, 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, dentro de los dos meses siguientes. **Sexto**, condenar en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones en favor del 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 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.

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 el aludido numeral y que se absuelva 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 los **gastos 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 el 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 La ley. En este sentido durante el tiempo que el demandante ha estado afiliado al fondo de pensiones Protección S.A., ésta ha administrado los dineros que se han depositado en su cuenta de ahorro individual; gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, siendo, por lo tanto, una contraprestación a una buena gestión, pues el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS.

Frente a las **primas previsionales y suma adicionales de la aseguradora**, dice que no es viable su devolución, pues son dineros ya pagados a las aseguradoras conforme a la Ley. Asimismo, no es viable que se indexen los anteriores conceptos, debido a que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa, lo que implicaría un doble cobro. Por lo anterior, solicita se revoque el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

4.3. Apelación Porvenir S.A.

4.3.1 Aduce que el actor se trasladó de manera voluntaria al RAIS entre varios fondos de pensiones, permaneciendo por varios años en ellos, por lo que estuvo conforme con las características de los mismos. Que, aunque le manifestaron que el ISS se acabaría, es un hecho notorio que este se transformó en Colpensiones, por lo que pudo retornar al RPM y no continuar en el RAIS. Dice también, que el demandante es profesional en contaduría, que, si bien no tiene conocimiento en temas de seguridad social, lo cierto es que, pudo indagar y verificar frente a lo que se le estaba ofreciendo. Que el deber de información como se está exigiendo en la actualidad a los fondos, resulta ser contrario a los principios de constitucionales, entre ellos, el de confianza jurídica.

4.3.2. Frente a la condena de **gastos de administración** con cargo al propio patrimonio, dice que ordenar que se devuelva este concepto a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido, pues conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la comisión de la administración no hace parte de la financiación de los recursos pensionales, sino que retribuyen la gestión realizadas por las AFP, en la cuenta de ahorro individual, la cual generó rendimientos, por lo que de conformidad con las restituciones mutuas, no hay lugar a devolver suma por este concepto. Que en el evento que se confirme la decisión, pide que se analice el fenómeno de la prescripción, pues los conceptos están amparados bajo esta figura. Finalmente solicita no se condene en costas.

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, Protección S.A. y Protección S.A.:

Porvenir S.A mediante escrito obrante a folios 01 a 11 Archivo 03-PDF y Colpensiones a folio 09 Archivo 05-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión. La parte demandante y Protección S.A 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 "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".

1.2. ¿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 y Porvenir S.A.?

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 del 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, los formularios de afiliación⁵, certificación de bono pensional⁶ y la certificación de Asofondos⁷, se desprende que, el accionante 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, del 09 de mayo de 1985 a 31 de enero de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 02 de enero de 1998, se trasladó a Colmena con fecha de efectividad el 1º de marzo de 1998 hasta el 31 de marzo de 2002. Luego en virtud, de una cesión fue trasladado el 1º de marzo de 2000 a ING, con fecha de efectividad del 1º de marzo de 2000 a 30 de junio de 2002. El día 15 de mayo de 2002 se trasladó a Protección S.A. con efectividad desde el 1º de julio de 2002 a 31 de marzo de 2009.
- c. El 05 de febrero de 2009, se trasladó a Horizontes con efectividad de 1º de julio

² Flios 22 a 26 Archivo 08 – PDF y expedientes administrativos (Archivos 05 y 09)

³ Folio 93 a 115 archivo 10 - PDF

⁴ Folios 25 a 41 Archivo 11 – PDF

⁵ Folio 81 Archivo 10– PDF y Folio 21 Archivo 11– PDF

⁶ Folio 116 a 119 Archivo 10– PDF

⁷ Flio 01-03 Archivo 03 – PDF

de 2009 a 31 de diciembre de 2013. En virtud de una cesión fue trasladado a Porvenir S.A., a partir del 01 de enero de 2014, administradora con la que ha estado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, le informaron que era más favorable trasladarse al régimen de Ahorro individual porque se podían pensionar anticipadamente y con mejores condiciones económicas, además de que el ISS iba a quebrar y a desaparecer, razón por la cual perderían las cotizaciones hechas al régimen de prima media.

Por su parte, las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. señalaron que la información proporcionada al demandante fue veraz, real y oportuna al momento de suscribir el formulario de traslado y que éste fue ilustrado e informado suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando el 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. folios 03 a 32 Archivo 10PDF y 03 a 20 – Archivo 11PDF, respectivamente).

2.3.3. Para la Sala, Porvenir S.A. y Protección S.A. no demostraron que hayan 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 mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, 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 al actor, éste señaló que le fue informado que el ISS, por lo tanto, era más conveniente el fondo privado, además porque obtendría mayor rentabilidad. Dice que el formulario lo firmó de manera libre y voluntario, pero por desconocimiento se trasladó porque la información suministrada no era tan cierta. Indica que no es pensionado y que desea retornar al RPM, pues se encuentra ad-portas de pensionarse, y su pensión no sería tan beneficiosa. Que

trató de trasladarse a Colpensiones, pero esta negó su retorno. Lo que demuestra que no le fue suministrada la información suficiente a la parte demandante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Además, se resalta por la Sala que, contrario a lo señalado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que el demandante permaneció por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante.

Frente al 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*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable el argumento de Porvenir S.A.

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 al 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 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.

3.2.3. De igual forma, es procedente ordenar la devolución 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.

3.2.4. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse como todas aquellas otras sumas existentes en la cuenta del afiliado por cualquier concepto, las cuales deben retornarse. Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

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. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

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 y Porvenir S.A. 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. y a Porvenir 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 del actor.

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 del 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
Cali-Vale
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)*