



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-006- 2019-00203-01
Juzgado de origen:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Luz Mercedes Vacaflor Villegas
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A.
Llamado en garantía:	-Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Decisión:	Adiciona/Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	134

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 la apoderada judicial de Protección S.A., contra la sentencia No 255 emitida el 26 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: **i)** la anulación por ineficacia del traslado ante la omisión de Protección S.A. al deber de información. **ii)** el traslado y afiliación al RPM con prestación definida a cargo de Colpensiones, como consecuencia de ello se declare la anulación por ineficacia como si nunca hubiera habido un traslado a dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad. **iii)** se ordene a Protección S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como: cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo de su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión, por el pago de mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiera generado. **iv)** que se reconozca cualquier derecho diferente a los pretendidos en la demanda, en aplicación de las facultades extra y ultra petita. **v)** También solicitó se condene a Protección S.A. en caso de otorgarse la pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por este los recursos a Colpensiones, y ser incluida en la nómina de pensionados por este. Y **v)** al pago de las costas del proceso que incluyan las agencias en derecho (Folios 03 a 21 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Protección S.A., Old Mutual Administradora De Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia. Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., Colpensiones y la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A..

Colpensiones mediante escrito visible a folios 156 a 163 – Archivo 01 PDF. **Protección S.A.** a folios 76 a 118 – Archivo 01 PDF, **Old Mutual S.A. / Skandia S.A.** a folios 02 a 08 – Archivo 06 PDF. Y la llamada en garantía **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** – folio 3 a 23 del Archivo 10PDF, 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 255 emitida el 26 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora Luz Mercedes Vacaflor Villegas, del RPM administrado por Colpensiones, al RAIS administrado actualmente por PROTECCIÓN S.A., el cual tuvo lugar el 01 de

septiembre de 1995. **Segundo**, ordenar a Protección trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada. **Cuarto**, absolver a las demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la actora. **Quinto**, no dar prosperidad a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas. **Sexto**, sino fuere apelado este fallo, consúltese ante el superior. **Séptimo**, condenar a Protección S.A. y a Old Mutual / Skandia S.A. a pagar el equivalente a dos (2) smlmv por cada una, a título de agencias en derecho. (1' 06" 14 segundos) (La juez se saltó el numeral segundo al cuarto)

3.2. Para adoptar tal determinación, la *a quo* adujo que es el fondo de pensiones quien tiene el deber de demostrar que fue diligente y eficaz al momento de brindar la información completa, que permitiera a la afiliada decidir con todos los elementos de juicio, cual régimen sería mejor para ella, a partir del momento en que se produjo la afiliación como hecho más relevante y posteriormente sí continúa con dicha asesoría, durante el desarrollo de la vinculación, teniendo en cuenta que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar información suficiente y oportuna para que sus afiliados puedan tomar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

3.2.1. Pasó luego a referirse al interrogatorio de parte de la demandante indicando que no le brindaron la información suficiente respecto de todos los componentes y consecuencias del traslado de régimen, el cual debe hacerse desde el momento previo de la afiliación como durante el desarrollo de la misma.

3.2.2. Así accedió a la nulidad del traslado desde la data en que se produjo, ordenando a Protección trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante, con sus correspondientes rendimientos en todas sus modalidades y con los gastos de administración causados durante la vigencia de la afiliación a las AFP del RAIS, teniendo en cuenta que el actuar de estas fue lo que dio lugar a la ineficacia del traslado.

3.2.3. Indicó que no era procedente la excepción de prescripción en los asuntos de nulidad de traslado teniendo en cuenta que es una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato que hacen parte del derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

3.2.4. Agregó que no era viable acceder a la petición de Old Mutual Skandia S.A. de ordenar el traslado de los dineros que recibió Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud del contrato de seguro suscrito para el cubrimiento los riesgos de invalidez vejez y muerte de los afiliados a la AFP, con fundamento en lo dispuesto por el Tribunal Superior de Cali en el auto interlocutorio 135 del 21 de Septiembre 2021 con ponencia de la Magistrada Dra. Elsy Alcira Segura Díaz, mediante el cual resolvió la apelación por la negativa al llamamiento en garantía efectuado por Skandia S.A. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Considerando infundado el llamamiento en garantía efectuado por Old Mutual Skandia S.A. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

3.2.5. Finaliza su exposición en que son improcedentes todas las demás pretensiones incoadas por la demandante y condenó en costas a la AFP del RAIS.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial DE Protección S.A., formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Protección S.A.

4.2.1. Estribó su censura en contra de la sentencia emitida indicando que:

“... en relación a la condena tendiente a 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 a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al sistema general de pensión, la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 del 93, modificado por la ley 797 de 2003. En este sentido durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección, ésta ha administrado los dineros que la misma ha depositado en la cuenta de ahorro individual. Gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección es una entidad financiera experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados.”

Adicionalmente dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual, de la demandante los cuales se pueden ver en los movimientos de cuenta.

Así las cosas se pueden hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en 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, teniendo en cuenta que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido dichos rendimientos.”

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 Old Mutual S.A. / Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Old Mutual S.A. / Skandia S.A. en escrito obrante a folios 02 a 05 Archivo 04-PDF, **Colpensiones** a folios 04 a 07 Archivo 05-PDF y **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** a folios 3 a 9 Archivo 06-PDF, respectivamente, (cuaderno del Tribunal), presentaron alegatos de conclusión. Los demás integrantes del litigio guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

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”.

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. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. y a Old Mutual S.A. hoy Skandia 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, además de las cotizaciones y rendimientos financieros, los bonos pensionales y los gastos de administración?

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

2. Respuesta al primer y segundo 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 Old Mutual S.A. hoy Skandia 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. Descendiendo al *sub lite*, se desprende de las historias laborales de Colpensiones², Protección S.A.³, Skandia⁴; los formularios de afiliación de Protección S.A. y Skandia⁵, la certificación de Asofondos⁶ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁷, 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 30 de junio de 1983 al 11 de septiembre de 1984.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 01 de agosto de 1995 la parte actora se trasladó a la AFP Protección S.A., siendo efectivo a partir del **1° de septiembre de 1995.**

² Flios 01 a 04 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1662-20191122093812 – PDF

³ Flios 132 a 144 Archivo 01 – PDF

⁴ Flios 84 a 98 Archivo 06 - PDF

⁵ Folio 127 a 129 Archivo 01 – PDF, 81 a 82 Archivo 06

⁶ Flio 79 a 80 Archivo 06 – PDF,

⁷ Flio 43 a 45 Archivo 01 – PDF

c. Prosiguió con traslado de AFP Skandia el 06 de mayo de 2002 haciéndose efectiva a partir del 1° de julio de 2002 y hasta el 30 de junio de 2010⁸.

d. Finalmente se dio un traslado automático de Skandia a Protección S.A.

Hora de la consulta : 9:38:35 PM
Afiliado: CC 38863523 LUZ MERCEDES VACAFLOR VILLEGAS

Vinculaciones para : CC 38863523							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-08-01	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-09-01	2002-06-30
Traslado de AFP	2002-05-06	2004/04/16	SKANDIA	PROTECCION		2002-07-01	2010-06-30

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 38863523						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-08-01	1996-06-13	01	AFILIACION	PROTECCION		
2002-05-06	2002-06-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	SKANDIA	PROTECCION	

2.3.2. En la demanda se argumenta que, el 28 de agosto de 1995, en el lugar de trabajo de la demandante, se presentó un promotor de Protección S.A. quien dio una información sesgada, errada e incompleta sobre el RAIS. La demandante en ese momento realizó el traslado del RPM con prestación definida al RAIS, aunque el promotor de Protección S.A. no acreditó su condición de experto en seguridad social, ni en ninguna profesión que le certificará para dar información completa frente al tema pensional. Mediante un discurso verbal y nunca por escrito, el asesor de la AFP ilustró una serie de beneficios tendientes a convencer a la demandante para que se trasladará a dicha administradora de pensiones aduciendo que el monto de la pensión que obtendría en Protección sería superior al del ISS y que se podría pensionar a cualquier edad ya que no tendría que esperar el cumplimiento de edad mínima de pensión que exigía en ese entonces el ISS, y además que esté se acabaría. Aduce que en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la actora no le fue informado los riesgos que implicaba el cambio de régimen de pensión del RPM y el RAIS, no se le realizó una proyección del monto de pensión que recibiría en cada uno de los regímenes pensionales, no siendo la asesoría clara, calificada y suficiente.

Por su parte, la AFP Protección S.A. señaló que previo al traslado la demandante recibió asesoría por parte del personal de Protección, en la cual se le dio información completa, suficiente y veraz sobre las características del RAIS y del sistema pensional. Señaló que al momento del traslado a la demandante le restaba un número alto de años de vida laboral, por lo tanto, no era posible asegurar en que régimen se pensionaría con una mayor pensión. Así mismo adujo a la demandante se le indicó que para adquirir una pensión en el RAIS debería contar con un capital que le permita tener una pensión como

⁸ Folio 100 Archivo 06.pdf

mínimo del 110% del salario mínimo legal mensual vigente. Así las cosas, la información proporcionada siempre se ciñó a lo legal y con base en esta, la demandante tomó la decisión libre y voluntaria y sin presiones de afiliarse a través del formulario de vinculación. (Flios. 76 a 118 – Archivo 01 PDF).

Skandia adujo entre otras cosas, que la demandante realizó el traslado a la AFP de manera voluntaria y debidamente informada, lo cual se hizo con el lleno de los requisitos legales y en ejercicio del derecho de escogencia. Se le realizó, además, por parte de Protección S.A., 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. Se le recordaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM 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.

2.3.3. Para la Sala, los fondos privados demandados 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 allegaron los formularios de traslado suscritos 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 las que ha estado afiliada la accionante.

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.

Nótese, además, que 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).

Dígase, además, que, en su interrogatorio de parte, la actora señaló que las condiciones en que realizó su traslado del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio cuando se le indicó por parte del asesor de Protección S.A. que tendría un salario superior si se efectuaba el traslado. Que además Colpensiones se iba a acabar. Adujo que los motivos que la llevaron a trasladarse de Protección a Skandia en el 2002, se dio por la buena rentabilidad en la tasa de interés que en ese momento era mejor a la de Protección. Aseveró que no tuvo conocimiento de que su pensión de vejez sería financiada con los aportes que realizaba de manera mensual y con los rendimientos financieros. Agrega que se le indicó que al afiliarse al régimen de ahorro individual usted podría pensionarse de manera anticipada. Narró que desconocía que cuando cumpliera los 47 años de edad, podría retornar a Colpensiones.

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

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

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., Old Mutual Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia. Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. deben trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y

rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales y gastos de administración. A los aludidos fondos pensionales. les corresponden trasladar este último concepto por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esas entidades. Por lo tanto, se adicionará la sentencia en este sentido.

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).

3.2.3. 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 Protección S.A. y Old Mutual S.A./ Skandia 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 y se se adicionará en el fallo de primer grado este concepto para Protección S.A. y a Old Mutual Administradora De Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia. Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.

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

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. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **Protección S.A. y a Old Mutual Administradora De Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia -Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.-** a devolver a Colpensiones los gastos de administración, primas por seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, por el tiempo en que estuvo afiliada la parte actora en cada una de esas entidades.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de la apelante Protección 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
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

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)*