



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Tres (03) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012- 2021-00481-01
Juzgado de origen:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nhorma Patricia Vargas Henao
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	195

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., contra la sentencia No. 358 emitida el 07 de diciembre 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 o afiliación del traslado y la vinculación que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A., trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, solicitó el pago de lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (Págs. 07 a 26 – 07-PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

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

Porvenir S.A. mediante escrito visible en las páginas del 02 a 32 de los Archivos 17 y 18 PDF. Colpensiones a folios 02 a 21 Archivo 19 PDF. Colfondos S.A. a folios 02 a 18 Archivo 21 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. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 358 emitida el 07 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS entendiéndose afiliada al RPM administrado por Colpensiones, entidad que deberá afiliarla y recibir todos los emolumentos que hubiere recibido Porvenir S.A. con ocasión de la afiliación de la demandante. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso. **Cuarto**, condenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las

primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado. **Quinto**, condenar en costas a cargo de las demandadas. **Sexto**, remitir el expediente en consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que aunque se está solicitando la nulidad del traslado, considera que se está pidiendo es una nulidad de afiliación porque verificado el sumario no está demostrado que la actora haya estado afiliada al RPM. Si bien, aparecen algunas cotizaciones ante Colpensiones, lo cierto es que las mismas se dieron con ocasión a unos pagos realizados por su empleador, sin que se hubiera suscrito formulario de afiliación, como se evidencia en la certificación de Asofondos que indica: “*vinculación por responsabilidad del empleador*”. De esta manera, no es posible aplicarle ni siquiera la teoría de la afiliación tacita en la medida que la demandante en menos de un mes manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS.

Respecto de la nulidad de afiliación, deberían denegarse las pretensiones, pues nadie puede retornar a algo que nunca perteneció, ni puede alegarse un detrimento en un lugar donde noca estuvo. Sin embargo, como el Tribunal lo ha dispuesto en este tipo de situaciones donde estableció que aun en los casos de ineficacia de la afiliación es obligación del juez verificar el deber de información, y si existe falta del mismo, la consecuencia es que se tenga válidamente afiliado al RPM. En ese orden de ideas, apartándose de su criterio personal y en defensa del derecho a la igualdad, tiene que seguir ese lineamiento. En consecuencia debe hacerse el análisis jurisprudencial de la ineficacia de un traslado.

3.3. Anotado lo anterior, tras señalar la normatividad aplicable al asunto y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que, dentro del proceso, no se demostró por parte de los fondos privados haber cumplido con el deber de información debida y necesaria, relacionada con la prestación pensional en el RAIS al momento del traslado. Dicha AFP incumplió con la carga probatoria que le atañía y, por ende, resultaba procedente la declaratoria de ineficacia.

4. Recurso de apelación

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A., y Colfondos S.A. formularon recurso de apelación:

4.1. Colpensiones

Señaló que la afiliación de la parte actora se ejecutó con la normatividad vigente para la época, pues la única exigencia para que se entendiera válido el traslado era que el afiliado expresara su voluntad a través del formulario de afiliación. Dice además, que no participó en el acto de traslado, por lo que no debe asumir la carga de la prestación. Afirma que no se acreditó en el curso del proceso situaciones o actuaciones dolosas respecto de la afiliación de la demandante al RAIS.

De igual forma, manifiesta que no es dable que se invierta la carga de la prueba bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo las obligaciones en cabeza del cotizante, pues bien pudo obtener información con el paso del tiempo, debido a que nadie puede alegar su propia culpa a su favor. Dice que no existe vicio del consentimiento en personas que han estado afiliada por más de 20 años en el RAIS, pudiéndose retornar al RPM, sin embargo, no lo hizo.

Esgrime que la actora realizó traslados entre distintos fondos privados, y atendiendo la teoría de los actos de relacionamiento, se colige que la intención era continuar en el RAIS. Por lo anterior, pide se revoque la sentencia de primer grado, toda vez que afecta la sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de otros afiliados. En caso, que no se acceda a lo indicado, solicita se determine los valores que debe devolver el fondo probado. Asimismo, se opone a la condena en costas.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Indicó que la vinculación de la parte actora realizada en el año 1997, en realidad no se efectuó, por lo que no existiría una afiliación, dado que la demandante siempre ha estado afiliado a los fondos privados efectuando

traslados horizontales. Que el deber de información se le brindó de manera verbal, pues solo hasta el año 2015 se hacían constancias escritas.

Frente a la condena, pide se revoque los **gastos de administración**, debiendo respetar la destinación específica, pues fue desarrollada para la gestión de administración; misma que género rentabilidad y fue utilizada para el pago de la póliza que cubrió invalidez y sobrevivencia. Que si la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban, en estricto sentido, debe entenderse que por los rendimientos que se causaron tampoco debió cobrarse la comisión. De esta manera, la actora debe devolver los rendimientos de su cuenta de ahorro individual. Que en caso que se confirme la decisión, se estaría constituyendo un detrimento patrimonial.

Finalmente, solicita se declare probada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que si se declara la nulidad de la afiliación todo vuelve a su estado original, por lo que los gastos de administración deben compensarse. Asimismo, se revoque la condena en costas y agencias en derecho.

4.3. Apelación Colfondos S.A.

Se opone frente a la condena de retornar los **gastos de administración**. Dice que las actuaciones han estado ceñidas a la constitución y a la ley, y este concepto es de consagración legal, por lo que no tiene una razón jurídica para devolverse. Que la actora permaneció afiliada al RAIS por varios años, produciendo unos efectos jurídicos. Que cumplió con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la actora, además, que este concepto, debe estar cobijado con el fenómeno de la prescripción.

5. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1. Colpensiones, parte demandante, Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

Dentro del término legal, Colpensiones en escrito obrante a folio 01 a 04 Archivo 04PDF y la parte demandante a folios 01 a 05 PDF, presentaron alegatos de conclusión. Las demás partes procesales no se pronunciaron al respecto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

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

1.3. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio?. De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A el traslado de los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la actora?

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

1.5. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

1.6. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes.

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

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

2.1.1 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.

2.1.2 Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², los formularios de traslado de régimen pensional³, del historial de vinculaciones de Asofondos⁴, y de la certificación de bonos pensionales⁵, se desprende que, la 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 01 de septiembre de 1997 al 30 de septiembre de 1997

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de

¹ Archivo 20 – PDF – Expediente administrativo.

² Archivo 17 – PDF – Páginas 93 a 116.

³ Archivo 17 – PDF – Páginas 81

⁴ Archivo 17 – PDF – Página 79

⁵ Archivo 17 – PDF – Página 117 a 120

vinculaciones, el 30 de septiembre de 1997, la accionante se trasladó a Colfondos S.A., siendo efectiva el 01 de noviembre de 1997 al 31 de marzo de 2014. Posteriormente, el 10 de febrero de 2014 se afilió a Porvenir S.A., la cual, se hizo efectiva a partir del **1° de abril de 2014**, entidad en la que continuó cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la demandante le fue informado que obtendría una mayor mesada pensional en el fondo privado. No le fue explicado las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas; así como tampoco el derecho a retractarse y que el ISS se acabaría.

Dígase además, que en su interrogatorio de parte, manifestó que aunque no fue coartada para suscribir el formulario, lo cierto es que, los asesores de Porvenir S.A., se acercaron a su oficina y le informaron una serie de ventajas, no le realizaron el estudio de su pensión. Dice que desconoce los beneficios de rentabilidad, y no le fue explicado en qué consiste las pensiones entre los distintos regímenes, pues no tuvo asesoría clara. (Mto 30:54 36:57 Archivo 25 PDF)

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, 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 beneficiaria 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 debían suministrar las 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.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la actora se mantuvo varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, per se, no puede

convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

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 los argumentos de Colpensiones y Porvenir S.A

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).

También se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en

reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

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

(...)

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

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

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

Ahora, frente a la manifestación de Porvenir S.A. referente a que el traslado de la actora no se inició en Colpensiones, se tiene de las pruebas allegadas al plenario y de la historia Laboral, que la misma realizó cotizaciones a dicha entidad desde el del 01 de septiembre de 1997 al 30 de septiembre de 1997, situación que no fue refutada por la entidad pública pues señaló en su contestación: *“NO ES CIERTO, que la demandante cotizó 4.2 semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues según la Historia Laboral expedida por mi mandante la señora NHORMA PATRCIA HENAO, cotizo al RPM un total del 4.14 semanas”*⁶.

Dígase además, que en casos donde un afiliado no haya estado vinculado al extinto ISS o a una caja de previsión que integrara el RPM, no es óbice para que no se tenga la opción de escoger entre el régimen pensional que le sea

⁶ Flio 02 Archivo 19 PDF

más conveniente, pues tenía la elección de afiliarse a uno u otro, si se le hubiere dado una asesoría clara, precisa frente a las ventajas y desventajas de los regímenes del sistema, situación que no fue demostrada en el plenario.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP 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 sostenido 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 de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Se debe ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio?. De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos S.A el traslado de los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la actora?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados. Asimismo, los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio. Del mismo modo, a

Colfondos S.A. le corresponde trasladar estos dos últimos conceptos por el periodo respectivo.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

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

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a

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

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

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

2.4. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464-2019 aclaró que la excepción de compensación procede en los casos en que se ha reconocido el derecho principal o se ha pagado la devolución de saldos a la parte actora, en cuyo caso el demandante se aprecia como el deudor del sistema general de pensiones por adeudar a la entidad administradora los recursos con los cuales se va a financiar su pensión. Por tanto, se despachan de manera desfavorable

los argumentos del apoderado judicial de Porvenir S.A., se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

2.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a las entidades demandadas.

3. Costas.

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

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades apelantes, Colpensiones, Colfondos 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 HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vide

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR CONSULTA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 17 Dcto 491 de 2020)



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Primera de Decisión Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-012-2021-00481-01
Juzgado de origen:	Doce Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Nhorma Patricia Vargas Henao
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual

del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).

4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA