



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-006-2021-00001-01
Juzgado de primera instancia:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Mónica Esther Barraza Molinares
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir SA. - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona, y confirma sentencia – Ineficacia del traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	384

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 judiciales de la demandante, Protección S.A. y Porvenir SA, contra la sentencia No. 009 emitida el 25 de enero de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare en su favor: **“1) la nulidad absoluta del traslado de régimen de prima media con prestación definida efectuado y/o la ineficacia de traslado de Porvenir S.A. y Protección S.A., la cual estuvo mediada de error, y que por ello este se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: i) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, ii) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media y iii) por no habersele hecho entrega física del el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994. 2) Como consecuencia, se ordene el retorno de la demandante a Colpensiones- entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. 3) ordenar a Protección S.A., traslade los aportes efectuadas junto con sus respectivos rendimientos a Colpensiones y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes. 4) condene a las demandadas de conformidad con el Art. 50 del CPL, conforme a los lineamientos de lo ultra y extra petita. 5) condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.”** (Fls. 6 a 26 – Archivo 01Demanda.PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 4 a 16 Archivo 08.PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.2. Porvenir SA

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 2 a 25 Archivo 04 - PDF. En virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

2.3. Protección S.A..

La entidad demandada, dio contestación mediante escrito visible a folios 3 a 37 Archivo 05.PDF. 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. 009 emitida el 25 de enero de 2022. En su parte resolutive, *decidió*: “**Primero**, declarar la ineficacia del traslado que hizo la señora *Mónica Esther Barraza Molinares* del régimen de prima media administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por Protección S.A el cual tuvo lugar el 01 de mayo de 1994. **Segundo**, imponer a Colpensiones la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la afiliada. **Tercero**, ordenar a Protección S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante y el capital que tenga en su haber 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**, no dar prosperidad a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas. **Quinto**, absolver a las demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la actora. **Sexto** condenar en costas a la parte vencida en juicio. **Séptimo**, consúltese la sentencia ante el Superior.”

3.2. Para adoptar tal determinación, luego de evocar cada uno de los traslados efectuados por la demandante entre los fondos pensionales convocados, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada de la demandante al fondo privado. Éste debe probar que efectivamente brindó la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió que las AFP demandadas no brindaron la información suficiente a la

Demandante respecto de todos los componentes y consecuencias de aquel traslado de régimen, lo cual debió hacerse tanto desde el momento previo a la afiliación como durante el desarrollo de la misma, siendo su obligación describir concretamente todo lo relacionado con los beneficios y afectaciones que conlleva este trámite y en términos que pudieran ser entendidos por el afiliado (a), teniendo en cuenta que este es una persona inexperta en asuntos de tan alta complejidad, como los financieros. Concluyó que, se debía acceder a la pretendida ineficacia del traslado desde la data en que se produjo aquel hecho, ordenando a Protección S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la Demandante con sus correspondientes rendimientos en todas sus modalidades y con los gastos de administración.

En lo que atañe a la excepción de prescripción evidenció que no tiene prosperidad alguna, teniendo en cuenta que se trata es de una pretensión declarativa y los derechos que nacen de ella tienen el mismo trato, pues hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de la demandante, y de las demandadas: Protección S.A. y Porvenir SA, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación la parte demandante

Presentó recurso de apelación en contra del numeral séptimo de la sentencia de primer grado, al haber sido absuelta Colpensiones de las costas procesales. Alega que el juez de instancia no se percató que dicho fondo pensional se opuso a las pretensiones de la demanda y además planteó excepciones de mérito. Por tanto, pide sea condenada en costas.

4.2. Apelación la parte demandada – Porvenir

Presentó recurso de apelación en contra de los numerales primero y séptimo de la sentencia de primer grado. Indicó que el traslado de régimen se dio con sujeción a la ley, por tanto, se encuentra válidamente vinculada al RAIS.

Invoca que la demandante fue asesorada por los fondos de pensiones demandados para que tomara de forma libre y voluntaria la decisión de trasladarse al régimen, fue asesorada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales. Aduce que, al encontrarse en consecuencia válidamente afiliada al RAIS debe ésta radicar la solicitud a Protección para el reconocimiento de la pensión de vejez. Momento en el cual alega, es viable entrar a estudiar el monto de la mesada pensional, a través de la correspondiente proyección y no antes. Que la parte demandante, pudo retornar al RPM, sin embargo, no hizo uso de los mecanismos legales dispuestos para tal fin, no haciendo uso del derecho de retracto.

Finalmente, expresó que debe prosperar la excepción de prescripción, ya que no se discute el derecho pensional de la demandante, sino que busca la nulidad de la afiliación.

4.2. Apelación la parte demandada – Protección S.A.

Presentó recurso de apelación en contra de la sentencia en relación con la imposición de la devolución de los porcentajes por comisión de administración a cargo de Protección S.A., bajo los argumentos de que, los aportes que realizó la demandante del 16% un 3% está destinado a cubrir gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Refiere que, durante todo el tiempo que Protección S.A., administró los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, esta gestión se realizó con la mayor diligencia y cuidado, pues Protección S.A. es una AFP experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados. Adicionalmente dicha gestión de administración se vio evidenciada en los buenos rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual, en su momento la demandante con Protección S.A.

Alega que, no es procedente la devolución de lo que Protección descontó por gastos de administración.

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 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.:

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 6, archivo 04 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo a través de escrito visible a folio 3 a 11, archivo 05 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó 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?

1.2. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?

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

1.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir y Colpensiones?

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

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

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 Protección 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, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

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, Protección S.A.,² Porvenir S.A.³, el formulario de afiliación y traslado de régimen pensional⁴, y del historial de vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que, la accionante Mónica Esther Barraza Molinares 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 22 de noviembre de 1984 al 31 de octubre de 1995.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, la actora se trasladó del régimen a ING hoy Protección S.A., el 05 de abril de 1994 y con fecha efectividad del 01 de mayo de 1994. Para el 10 de abril de 1996 se dio el traslado a Protección, el cual fue efectivo desde el 01 de junio de 1996 al 28 de febrero de 2002;

¹ Archivo 07 PDF, Pág. 4 a 12,

² Pág. 40 a 72– Archivo 05 - PDF

³ Pág. 61 a 71 - Archivo 04 - PDF

⁴ Pág. 60 - Archivo 04 - PDF y Pág. 64 Archivo 05 - PDF

⁵ Pág. 38 - 62 Archivo 05 - PDF

luego el traslado se produjo a Porvenir el 25 de enero de 2002 con efectividad el 01 de marzo de 2002, fondo al que estuvo afiliado al 30 de diciembre de 2012 por haber regresado a ING. Finalmente, migró a Protección por cesión por fusión a partir del 31 de diciembre de 2012, entidad en la que continuó cotizando.

Hora de la consulta : 9:15:38 AM
Afiliado: CC 66652192 MONICA ESTHER BARRAZA MOLINARES [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas. Afiliado presenta vinculaciones inválidas.

Vinculaciones para : CC 66652192

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	1994-04-05	2010/04/09	ING	COLPENSIONES		1994-05-01	1996-05-31
Traslado de AFP	1996-04-10	2010/04/09	PROTECCION	ING	COLPENSIONES	1996-06-01	2002-02-28
Traslado de AFP	2002-01-25	2010/04/09	PORVENIR	PROTECCION	ING	2002-03-01	2006-08-31
Traslado de AFP	2006-07-24	2010/04/09	ING	PORVENIR		2006-09-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 66652192

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-04-05	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
1997-11-25	1997-11-28	66	GANADO POR UPC	PROTECCION	
2002-01-25	2002-02-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	PROTECCION

En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, no se le explicó las condiciones del traslado, ni muchos menos se le realizó una proyección pensional para identificar las ventajas. Aduce que las AFP incumplieron su deber legal que tenían de proporcionar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, así mismo la administradora omitió informarle sobre la posibilidad de retractarse.

Dígase, además que la actora en su interrogatorio de parte indicó que para darse su traslado de régimen, le fue indicado que el ISS se iba a acabar. Le ofrecieron los fondos privados mejores rendimientos que el fondo público. Efectuó otros traslados de AFP, al prometersele mejores rendimientos y mayor monto en su mesada pensional. Que mientras laboraba, por sus múltiples tareas no regresó al ISS, pues nunca se preocupó por averiguar su capital y la pensión. Al estar desempleada acudió a Protección sobre el monto de su mesada pensional, en donde se le indicó que el mismo ascendería a poco más del mínimo. Circunstancia que considera es injusta atendiendo el salario base de cotización y todo el tiempo laborado. Advirtió que no solicitado el reconocimiento de pensión de invalidez o de vejez (Minuto 13:03 a 21:00 Archivo 15)

Por su parte, las AFP dieron respuesta al introductorio indicando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de suscribir el traslado de régimen pensional y entre las mismas AFP. Asimismo, que se le brindó toda la asesoría e información que implicaba su decisión. Que no se puede endilgar responsabilidad alguna a esos fondos privados.

Para la Sala, las AFP no demostraron haber 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 beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la parte 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.

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).

Por tanto, se despacha de manera desfavorable los argumentos de las recurrentes Porvenir y Protección.

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

2.2. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio por el tiempo de afiliación de la parte actora?

La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar además de los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones con sus rendimientos financieros, también debe devolver a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

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 otros.

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 parte 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.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados

en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021. Por lo tanto, se adicionará el fallo de primer grado.

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 tanto, se despachan de manera desfavorable los argumentos de la apoderada judicial de Porvenir S.A. y se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

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

La respuesta a este interrogante es **positiva**. 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 condenarse en costas en primera instancia también a Colpensiones como vencida en el presente litigio. En consecuencia, se adicionará el numeral séptimo y se confirmará la condena en costas impuestas por el *a quo* a Porvenir.

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., Protección S.A., en favor de la actora. Al haber prosperado el reproche enunciado por el extremo activo, no se impone condena alguna en su contra.

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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.** y **Protección S.A.** a trasladar a Colpensiones los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados, por el tiempo que permaneció afiliada la parte demandante en cada fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SÉPTIMO** de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a Colpensiones y a favor de la parte demandada.

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

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Protección S.A. y Porvenir S.A., en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan

en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

Firma digitalizada para
Actos judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-006-2021-00001-01
Juzgado de primera instancia:	Sexto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Mónica Esther Barraza Molinares
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir SA. - Protección S.A.
Asunto:	Adiciona, y confirma sentencia – Ineficacia del 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