



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

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

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-015-2019-00499-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Gloria Henao Betancourt
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	382

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. 77 emitida el 09 de abril de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad del traslado y la vinculación que se hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- en Porvenir S.A. y Colfondos S.A. En consecuencia, se declare

que, **i)** la señora María Gloria Henao Betancourt siempre estuvo válidamente afiliada al ISS hoy Colpensiones y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. **ii)** que se condene a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a pagar todo derecho prestacional o pensional que llegare a aprobarse. **iii)** Asimismo, solicitó el pago de lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (Págs. 04 a 13 Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

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

Colpensiones mediante escrito visible en las páginas del 137 a 145 del Archivo 01 PDF. Porvenir a folios 203 a 225 Archivo 01 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.) Colfondos a folio 155 se allanó a las pretensiones de la demanda,

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. No. 77 emitida el 09 de abril de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probada las excepciones propuestas por los demandados. **Segundo**, declara la nulidad o ineficacia del traslado que la demandante realizara del régimen de prima media administrado por Colpensiones al de ahorro individual administrado por Colfondos el 14 de abril de 1997 y a Porvenir S.A. el 30 de septiembre de 2003. **Tercero**, ordenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los dineros que hallan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiere, igualmente la devolución de los gastos de administración durante el periodo que administro los recursos de la demandante con cargo a su propio patrimonio; se ordenara a Colfondos a la devolución de los gastos de administración durante el periodo que administro los recursos de la demandante, con cargo a su propio patrimonio; **Cuarto**, ordenar a Colpensiones a vincular válidamente a la demandante en el régimen de prima media. **Quinto**, negar el reconocimiento de la pensión de vejez al no reunir los requisitos mínimos para ello. **Sexto**, condena en costas procesales a los demandados. **Séptimo**, remitir el expediente en consulta, en caso de no ser apelada.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Recalcó que la carga probatoria en dichos asuntos se encontraba en cabeza de los fondos privados, por lo cual, ante la falta de medios de convicción, procedía la ineficacia deprecada.

En lo que respecta al reconocimiento del derecho pensional, como consecuencia de la nulidad del traslado, y sin realizar estudio previo de los requisitos mínimos, el *a quo* negó el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, por considerar que no tiene el número mínimo de semanas requerido en el régimen de prima media con prestación definida.

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. Apelación Colpensiones

El recurso de apelación propuesto por este fondo pensional, es sustentado en que la fecha de traslado al RAIS desde el año 1997 tiene plena validez conforme al artículo 02 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Advierte que el traslado entre regímenes es una potestad única y exclusiva del afiliado, cuando le faltarán 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, acorde a lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C 1024 del 2004.

Aduce que para el momento en que se admitió la demanda -8 de octubre del 2019- y como la actora nació el 6 de junio del 57, ésta se encuentra pronta a reunir el requisito de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, por tanto, con imposibilidad de trasladarse al régimen. Luego de recordar la sentencia C-086 del 2002, indicó que no se demostró que la demandante haya sido engañada a tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad por muchos años sin manifestar inconformidad alguna. Así las cosas, pide se absuelva a Colpensiones de los cargos incoados en su contra.

4.2. Apelación de Colfondos.

Invocó el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el *a quo*, en lo que atañe a la condena de devolver gastos de administración. Apoya la censura en que, no habría lugar a la devolución de la comisión o gasto de administración, aun cuando se declaró la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que la Comisión de Administración se encuentra debidamente utilizada para su cobro en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Refiere que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a Colfondos, éste administró los dineros que la misma depositó de su cuenta de ahorro individual que realizó con la mayor diligencia y cuidado; gestión que se ve reflejada en los rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Alega que en caso de mantenerse la condena de la ineficacia de la afiliación y por consiguiente, la devolución de los gastos de administración, sería procedente devolverle lo que Colfondos tuviere en la cuenta de ahorro individual, evento que aduce, no se da, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra válidamente vinculada a Porvenir. Ante tal evento, enuncia se acoge a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, que advierte de los efectos de la declaratoria de nulidad. Por tanto, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido, se debe de entender que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, Colfondos nunca debió de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió de cobrar una Comisión de Administración.

Relata que, Colfondos actuó de buena fe y conforme a la ley imperante al momento de la afiliación de la demandante. Agrega, que sólo a partir del año 2014 y 2015 se vieron obligados los fondos de pensiones a generar unas re asesorías o asesorías pensionales de manera escrita, previo a ello, podía ser de manera verbal, tal como ocurrió en el caso de Colfondos.

4.2. Apelación de Porvenir.

Pide la apoderada judicial de Porvenir se revoquen los numerales primero, segundo, tercero y sexto de la parte resolutive de la sentencia, atendiendo las siguientes consideraciones de orden fáctico, legal y jurisprudencial:

Reitera la validez de la vinculación de la demandante a Porvenir, pues en discrepancia con la declaratoria de ineficacia de la afiliación de las vinculaciones que efectuó la demandante ante los fondos demandados. Considera que no existe consecuencia alguna frente a Porvenir la vinculación de la actora, pues aduce que el traslado de régimen se dio con otra AFP. Relata que, partiendo de la premisa legal, no se puede obviar que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen, se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, como lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Destaca que no se trata de una simple declaración vacía, incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado por la firma de la parte demandante, de quien se presume, es una persona capaz para obligarse.

Alega que la declaratoria de ineficacia de la afiliación. no existen o no se acreditan dentro del proceso argumentos legales para tal disposición, con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en el que se señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de la afiliación al sistema de Seguridad Social o que impidan dicho derecho. Tampoco, refiere, se demostró algún vicio del consentimiento a los que hace referencia al artículo 1508 del Código Civil, esto es, como el error, la fuerza y el dolo.

Alude que en el evento que no se tenga en cuenta ninguno de los argumentos expuestos para revocar esa declaratoria ineficacia de la afiliación, en lo que atañe a los ordenado en el numeral tercero de la sentencia, donde dispuso la devolución de cotizaciones y rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, manifiesta que, no resulta procedente trasladar **bonos pensionales**, toda vez que no se verifica dentro de la cuenta de ahorro individual de la actora, que existe algún bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con relación a los **gastos de administración**, señaló que estos están direccionados claramente a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y esa comisión, no es del afiliado, pues tanto en el régimen de ahorro individual con solidaridad como en el régimen de prima media, la ley dispone que dicha

porcentaje está en favor de las AFP, so pena de incurrirse en un enriquecimiento sin justa causa y el pago de lo no debido a Colpensiones.

Cita el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para luego decir que la Comisión de Administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas, que puedan causarse, al cumplimiento de los requisitos legales, sino a retribuir la gestión de las administradoras de pensiones. Agrega que Porvenir en cumplimiento de las disposiciones normativas, realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual, entre otras, cumplió con generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y la superintendencia financiera. Rentabilidades, que relata, en virtud de la ineficacia de la afiliación, se ordena trasladar a Colpensiones, por lo que considera que, en la aplicación de las restituciones mutuas, no es procedente ordenar a Porvenir asumir el valor de la Comisión de Administración.

Por último, advierte que se debe estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción, atendiendo los criterios de la Corte Suprema de Justicia, donde señaló que no prescriben los estados jurídicos, pero sí las obligaciones que emanan de esta declaración. Así considera que, frente a este concepto de los gastos de administración, les es aplicable plenamente el fenómeno de la prescripción.

Pide finalmente, se revoque la condena en costas, toda vez que Porvenir siempre ha actuado con estricta sujeción a la ley.

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.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 4 a 5 archivo 05 PDF y Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 10, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Al no encontrarse reproche por el extremo activo de la acción, ante la negativa del reconocimiento de la pensión de vejez por no cumplir las semanas mínimas en el régimen de prima media, corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado a 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. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos 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?

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

1.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir?

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 del *a quo* de declarar la ineficacia de traslado

de régimen pensional. Correspondía a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, 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 02 de octubre de 1991 al 30 de septiembre de 1997.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, el 14 de agosto de 1997, la accionante se trasladó a Colfondos S.A., siendo efectiva desde el 01 de octubre de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003. Posteriormente, el 30 de septiembre de 2003 se afilió a Porvenir S.A., la cual, se hizo efectiva a partir del 01 de noviembre de 2003, entidad en la que continuó cotizando.

Hora de la consulta : 2:44:58 PM
Afiliado: CC 34041932 MARIA GLORIA HENAO BETANCOURT Ver datos

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 34041932

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
Vinculación inicial	1994-04-12	2007/07/20	COLPENSIONES			1994-05-01	1997-09-30
Traslado regimen	1997-08-14	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1997-10-01	2003-10-31
Traslado de AFP	2003-09-30	2004/04/16	PORVENIR	COLFONDOS		2003-11-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para : CC 34041932

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-08-14	1997-08-21	01	AFILIACION	COLFONDOS	
2003-09-30	2003-10-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	COLFONDOS

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la demandante no le fue informado las condiciones del traslado, las ventajas y desventajas; tampoco el derecho a retractarse; ni le fue entregado el cálculo o proyección de su mesada pensional. Agrega que, si se hubieran efectuado los cálculos matemáticos y proyecciones, no se hubiera dado el traslado por la

¹ Archivo 01 – PDF – Página 24, 28, 30, 32.

² Archivo 01 – PDF – Página 37 a 51 y 276 a 330

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 57, 80, 93, 107, 260,

⁴ Archivo 01 – PDF – Página 259

⁵ Archivo 01– PDF – Página 331 a 334

demandante, al advertirse los montos que le correspondería como mesada pensional.

Circunstancias fácticas que replicó en su interrogatorio de parte al indicar que el vinculó dado a Porvenir S.A. se dio sin mediar ninguna información, tampoco se le señaló cómo operaba dicho fondo pensional. Pidió una proyección de su mesada pensional, y cuando advirtió del monto de su mesada pensional, inició los trámites para retornar a Colpensiones. (minuto 10:06 a 19:33 Archivo 03AudienciaArt.77y80Sentencia).

Para la Sala, los fondos privados 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.

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).

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, la actora

permaneció varios años en el RAIS y le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como **la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen**”. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

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 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, retorne a Colpensiones, además de las cotizaciones y los rendimientos, incluya los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Colfondos 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**. Porvenir 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 Colfondos 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 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 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.

Frente a la devolución del bono pensional, la orden debe entenderse bajo la condición de que el 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).

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.

2.4. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir?

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir, 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 la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, Colfondos y Porvenir S.A. y 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR a Porvenir S.A. y Colfondos S.A.** a trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, 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: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Colpensiones, Colfondos 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Actos judiciales



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **Fabio Hernán Bastidas Villota**

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

La entidad, pudiendo apelar la sentencia, mostro total conformidad con la decisión de instancia, al punto de solo apelar apuntando a lo que en su considerar le afecta de la condena, sin dolerse de los demás efectos de esa decisión frente a ella.

Por lo que no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resulta la consulta y el recurso excluyentes entre sí.

Argumentos estos que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021 y en decisión de tutela T-1092 DE 2012.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA