



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Doce (12) de septiembre dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-016-2019-00581-01
Juzgado de origen:	Diecinueve Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Rubiela García Mendoza
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona, revoca y confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	378

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 la demandante y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 96 emitida el 29 de octubre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y posterior traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad -RAIS- en Porvenir S.A.. En consecuencia, se ordene, **i)** el traslado de la señora Rubiela García Mendoza al régimen de prima media administrado por Colpensiones, con los correspondientes aportes de su cuenta de ahorro individual, sus rendimientos debidamente indexados y todos los demás valores que allí reposen. **ii)** al pago de las costas y agencias en derecho. (Carpeta 02CD Traslado.Demanda Archivo Demanda.PDF Pág. 1 a 7).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

Colpensiones y Porvenir, dieron contestación a la demanda en escritos visibles a folios 59 a 65 Archivo 01Expediente.PDF, páginas 1 a 26 aArchivo02Expediente.PDF, respectivamente 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. El *a quo* dictó sentencia No. No. 96 emitida el 29 de octubre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, *declarar no probada las excepciones propuestas por los demandados. Segundo*, *declara la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de Rubiela García Mendoza acaecido el 17 de febrero de 1995 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Tercero*, *ordenar a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de Rubiela García Mendoza, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de Porvenir S.A. este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliada la actora con el RAIS. Cuarto*, *ordenar a Colpensiones reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Rubiela García Mendoza de condiciones civiles conocidas en el plenario. Quinto*, *absolver a Colpensiones de la condena en*

*costas en su contra. **Sexto**, condena en costas procesales a los demandados. **Séptimo**: Consultar la condena impuesta a Colpensiones, ante el Superior*

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, las AFP demandadas no brindaron la información suficiente al 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.

Recalcó acerca de la improcedencia del fenómeno jurídico de la prescripción en los asuntos de nulidad de traslado, teniendo en cuenta que esta es 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. Recurso de apelación

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

4.1. Apelación de la demandante.

Invocó el recurso de apelación de forma parcial en contra de la decisión de primer grado, en lo que respecta a la no imposición de costas a Colpensiones. Petición que soportó en los diferentes precedentes jurisprudenciales de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, en donde aduce que no importa la vinculación que se dé a Colpensiones al expediente, pues siempre ésta debe responder por la condena en costas. Por lo tanto, pide se condene en costas a dicho fondo pensional.

4.2. Apelación de Porvenir.

Invoca recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el juez de primer grado. Soportó la censura en los siguientes términos:

“No se comparte la decisión de declarar la ineficacia en sentido estricto ni se comparte la decisión del despacho de ordenar a mi representada trasladar los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración, además de la condena en costas y agencias en derecho... En primer lugar, se incumple lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, pues dentro de la parte motiva la sentencia brilla por su ausencia, cualquier tipo de argumentación de carácter normativa, al cual los jueces están sometidos bajo el imperio de la ley y utilizando como criterio principal un criterio auxiliar, que es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la cual va en contra del ordenamiento jurídico establecido.

Sobre ese aspecto se incumple el principio de la confianza legítima, el principio de la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras y el principio de inescindibilidad de las normas. Lo anterior, por cuanto se le obliga a mi representada a traer prueba documental que se aduce en la sentencia, la información que se le dio, se desconoce la normatividad establecida para el año 1995, pues en ninguna parte se establecía que esa asesoría se debía dejar de manera escrita y era el formulario de afiliación el que demostraba el requisito sine qua non, es decir, para probar la existencia y la validez del contrato de afiliación. En ese sentido, cuando se le impone a mi representada la carga de traer prueba documental de la información que acaeció en el año 1995... está obligando a mi representada a probar un imposible propiamente hablando. Es importante resaltar que se hace una interpretación extensiva de una norma de carácter sancionador como lo es el artículo 271 y en ese orden de ideas, esa norma debe contenerse en el artículo 271 y no poderse salir de ello.

Sobre la ineficacia en sentido estricto, es importante resaltar lo que ya nos ha dicho desde el año 2017 la Corte Constitucional en la sentencia C - 345 del 2017, que establece que la ineficacia en sentido estricto se presenta en los casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto, no debe producir efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido. Sin embargo, en estos procesos se sigue declarando judicialmente unas ineficacias en sentido estricto.

(...)

Las restituciones que son de carácter mutuo, se imponen de carácter individual. Es importante resaltar que, si se asegura que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual la hoy demandante, no se entiende de donde salieron los rendimientos financieros. No puede ser que un acto jurídico tenga efectos para una parte y no tenga efectos para la otra parte. Así también se incumple, el principio de la equidad y la justicia, porque si nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, si el régimen de prima media no genera rendimientos financieros y mi representada ni siquiera pudo descontar los rendimientos o los gastos de administración para generar esos rendimiento, no se entiende cuál es el fundamento para obligar a mi representada a trasladar los rendimientos financieros incluyendo de su propio patrimonio los gastos de administración (...).

En ese sentido se incumple el principio de inescindibilidad de las normas, porque no se cumple el artículo 1746, el cual es claro y expreso al establecer que la nulidad pronunciada en sentencia que da fuerza de cosa juzgada da a las partes, el carácter o el derecho para que las cosas se vuelvan a retrotraer a su estado original. Y antes de la suscripción del formulario de afiliación en 1995 existían esos rendimientos financieros. Se contradice la parte motiva de la sentencia con la parte resolutive de la sentencia, porque al parecer sí tuvo efectos este traslado establecido en el año 1995.

Sobre los gastos de administración, es importante resaltar que se incumple el principio de inescindibilidad de las normas. Primero, porque la misma Corte Suprema de Justicia se contradice al establecer que estos dineros o lo que se debe trasladar son los dineros que financian pensiones. Y los gastos de administración en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no financian pensiones o por lo menos no financian la pensión de vejez a la que está aspirando la hoy demandante. En ese sentido estos dineros no serían objeto de traslado, son obligaciones de tracto sucesivo y además de eso, tienen componentes de origen financieros en los términos del artículo 964. Mi representada no está en la obligación de trasladar. Se pregunta, si se deben trasladar esos gastos de administración a título de su propio patrimonio, ¿es a título de qué?. Porque si es a título de restituciones mutuas, cómo mi representada va a trasladar dineros que nunca estuvieron en su patrimonio, como son por ejemplo, los dineros pagados a las aseguradoras o puestos en el fondo de pensión de garantía de pensión mínima. Si es a título de indemnización de perjuicios, ¿dónde se hizo el análisis entre el hecho, el daño y el nexo causal entre esos dos elementos? Y si es a título de sanción, ¿en qué parte de la ley 100 o de cualquier ley, dice que mi representada debe responder con su propio patrimonio por los gastos de administración, cuando incumple el deber de información? No lo dicen. Entonces también se está incumpliendo el principio de tipicidad en las normas sancionadoras, pues se están generando un nuevo tipo de sanciones con estos de establecer a mi representada, trasladar los gastos de administración de su propio patrimonio.

Es importante resaltar que también sobre esta situación de estos traslados, tanto de rendimiento como de gastos de administración, se está incurriendo en un enriquecimiento sin causa a favor tanto de la demandante como de Colpensiones. Los rendimientos financieros que le generaron el régimen de ahorro individual, pues se declaró ineficaz, ya no tiene causación, pero se deben de trasladar estos dineros pese a que el artículo 1746, inciso 2º, es expresamente claro en establecer que cada parte es responsable de la pérdida de sus frutos e intereses. Cuando se le trasladan estos dineros, pese a que se figura que nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, pues está propendiendo por donde enriquecimiento sin causa, porque la causación de estos rendimientos financieros ya no existe, por la declaración de ineficacia en sentido estricto.

Sobre la excepción de prescripción, es importante resaltar que resulta paradójico que los gastos de administración no prescriban, pese a que primero son emolumentos económicos, no son ni estados ni hechos jurídicos en esa tesis que se ha establecido en la Corte Suprema de Justicia y además, resulta paradójico que las mesadas pensionales sí prescriban; pero los gastos de administración que no financie pensiones, que no revisten la protección del artículo 48 de imprescriptibilidad no prescriban, porque así lo establece la Corte Suprema de Justicia. Ese sentido, es evidente que la jurisprudencia que sigue la parte motiva de la sentencia, dentro de este proceso, es contraria al ordenamiento jurídico e incumple este artículo 230 de la Constitución Política.

Por último, sobre la condena en agencias en derecho impartida a mi representada, bajo el argumento de que fue mi representada, la que suscitó el traslado, pues es importante también resaltar que se está desconociendo la figura objetiva establecida en el artículo 365. Sobre ese aspecto, la Corte Constitucional ya nos ha establecido que la condena en costas no resulta de una obrar temerario, o de mala fe o siquiera culpable, la parte condenada, sino que es el resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto según el artículo 365... Las costas no se originan, ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni puede asumirse como una sanción en su contra, esto, en la sentencia C-157 de 2003... Solicito se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones...”.

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 y Porvenir S.A.

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 9, archivo 04 PDF; Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 4 a 11, archivo 05 PDF y finalmente el demandante a través de escrito obrante en archivo 06, páginas 3 y 4 (cuaderno Tribunal).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

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, bonos pensionales y los rendimientos, incluya los gastos de administración, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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 y Colpensiones?

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 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 desvirtuarse 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, el formulario de traslado de régimen pensional³, se desprende que, la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, donde cotizó 42.43 semanas entre el 10 de junio de 1987 al 30 de abril de 1997, como se aprecia a continuación.

¹ Archivo 4 Expediente administrativo Colpensiones

² Págs 28 a 42 Archivo 01Expediente. PDF

³ Archivo 01 – PDF – Página 27

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Ultimo Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
20018201750	FUNDO PARA EL DESARRO	10/06/1987	01/04/1988	\$25.530	42,43	0,00	0,00	42,43
800125405	INSTITUTO SECCIONAL	01/03/1997	31/03/1997	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
890000464	MUNICIPIO DE ARMENIA	01/04/1997	30/04/1997	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
(10) TOTAL SEMANAS COTIZADAS:								42,43
(11) SEMANAS COTIZADAS CON TAJIPA DE ALTO PRECOTIZADAS EN EL CASO DE "TOTAL SEMANAS COTIZADAS":								0,00

- b. Según el formulario de vinculación o traslado y el historial de vinculaciones, en Porvenir S.A., dado su traslado efectuó un total de 1.225 semanas entidad en la que continuó cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de afiliación al RAIS, al demandante no le fue informado sobre: **(i)** las ventajas y desventajas que podría darse al efectuarse el traslado de régimen; **(ii)** el capital que debía tener en el fondo para gozar de una pensión digna y acorde con sus ingresos; **(iii)** no se le presentó un plan comparativo de pensiones y **(iv)** no le fue explicado que podría ser más beneficioso continuar en el ISS hoy Colpensiones.

Circunstancias fácticas que replicó en su interrogatorio de parte al indicar que el vinculó dado a Porvenir S.A. se dio si mediar ninguna información, tampoco se le señaló cómo operaba dicho fondo pensional. No le informaron que se abriría una cuenta de ahorro individual, que ella no quería salirse del ISS, porque no tenía la edad, se le indicó que si no firmaba se quedaba sin ningún fondo pensional porque contaba con menos de 35 años. Posterior a la suscripción del formulario de afiliación, no le han dado ninguna información respecto de cómo opera Porvenir. (minuto 19:36 a 29:00 Archivo 09).

Para la Sala, el fondo privado no demostró 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 allegó el formulario de traslado suscrito 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 debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada

la accionante.

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

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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 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 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, bonos pensionales y los rendimientos, incluya los gastos de administración, los seguros

previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?

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. 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 Porvenir S.A. y a Protección S.A, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

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**”.*

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.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.

Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

En consecuencia, se deberá adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar también a Colpensiones las primas de seguros previsionales y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados y con cargo a su propio recurso.

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 y Colpensiones?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas pretendida por la parte demandante en contra de 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. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015). Por ende, se revocará el numeral quinto del fallo censurado y en su lugar, se disponer la imposición de tal condena a Colpensiones y a favor de la actora. Habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demandada habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a la entidad demandada Porvenir S.A.

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. 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.** 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: REVOCAR el ordinal **QUINTO** de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a Colpensiones en costas de primera instancia.

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

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a 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
Acto Judicial
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO