



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-011-2020-00136-01
Juzgado de origen:	Once Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Carlos Humberto Manrique Roa
Demandados:	- Colpensiones - Colfondos S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	234

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por los apoderados de Colpensiones y Colfondos S.A. contra la sentencia No 268 emitida el 09 de diciembre de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la ineficacia del traslado del RAIS administrado por Colfondos S.A. al RPM en Colpensiones. Como consecuencia, se

condene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los aportes juntos con los rendimientos financieros y semanas cotizadas. Asimismo, pide lo ultra y extra petita y se condene en costas a cargo de las demandadas. (Pág. 108 a 142 Archivo 01 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

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

Colfondos S.A. mediante escrito visible a folios 02 a 35 Archivo 14 PDF. Colpensiones a folios 03 a 15 Archivo 05PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.). Porvenir S.A. pese a encontrarse debidamente notificada, guardó silencio.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No 268 emitida el 09 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en Colfondos S.A. y posterior en Porvenir S.A. en consecuencia, se ordena a Colpensiones que afilie a la demandante al RPM. **Segundo**, condenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del actor. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones de manera indexada todas las comisiones y gastos de administración, incluido el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional, recibidos con ocasión del traslado del demandante, por el tiempo que estuvo afiliado a esas entidades. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. para mantener su estabilidad financiera y costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella. **Quinto**, condenar en costas a las entidades demandadas. **Sexto**, ordenar la consulta en caso de no ser apelada.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, conforme a los medios probatorios el fondo privado no logró demostrar que hubiese suministrado toda la información

necesaria y asesoría completa a la demandante, al momento de efectuar el traslado. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y suficiente al momento de efectuarse el traslado, dando a conocer las características propias de cada régimen, sus beneficios e incluso los inconvenientes que se llegaren a suscitar. De esta forma, concluyó que, debido a la ausencia de la acreditación del deber de información veraz, coherente y suficiente, por parte del fondo privado, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indicó que los afiliados pueden solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado en cualquier tiempo, en virtud del precedente ampliamente citado.

Finalmente dice, que, aunque la afiliación del actor no fue al ISS sino a Cajanal, es procedente aprobar su admisión, como quiera que el inciso 3 del artículo 4 del Decreto 692 de 1994, estableció que los servidores públicos que se acojan al RPM y al 31 de marzo de 1994 se encontraren en una caja de entidad de previsión o fondo en el sector público, podrán continuar vinculados en esas entidades mientras no se ordene su liquidación. Que con la entrada de la Ley 100 de 1993, quedarían vinculados al ISS, por lo que es viable que Colpensiones reciba al actor.

4. La apelación.

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

4.1 Apelación Colpensiones

Manifiesta que en el demandante recae la potestad de afiliarse al RAIS. Que los formularios constituyen plena prueba de la voluntad de trasladarse. Dice que se está inmerso en la prohibición legal contenida en el artículo 13, literal e) de la ley 100 de 1993. En cuanto a los presuntos vicios de traslado por falta de información, señala que, al momento de la afiliación, era imposible predecir el IBC sobre el cual cotizaría el demandante para su futura mesada pensional, pues los ingresos económicos pueden variar.

Dice que no se indujo al actor a “tomar” una decisión desfavorable a sus intereses, debido a que permaneció por varios años en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna. Que no es factible su traslado pues cumple con los requisitos para que se

pensione en el fondo privado. Dice que el actor nunca ha estado afiliado al RPM, por lo que no debe ordenarse su retorno. Indica que debe tenerse en cuenta el criterio expuesto en fallo SL373-2021. Frente a las costas, señala que no se evidencia negligencia en su actuar, por lo que no está de acuerdo en esa condena.

4.. Apelación Colfondos S.A.

Solicita se revoque todos los numerales del fallo de primera instancia. Indica que el demandante tuvo vinculaciones en distintas AFP, y conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los actos de relacionamiento tienen cabida pues reflejan una real intención de permanecer los afiliados en el RAIS, lo que conllevaría aquel acto no es ineficaz de pleno derecho. En lo que respecta a la condena en **gastos de administración**, se encuentran autorizados por la Ley, pues se cobra una comisión por administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a los fondos, generando buenos rendimientos financieros. En caso de confirmarse la ineficacia, solo es procedente la porción de la cuenta de ahorro individual, más no los aportes ni los rendimientos o gastos de administración.

Indicó que la consecuencia de la ineficacia o nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido el contrato de afiliación nunca existió y por tal motivo, Colfondos S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, y los rendimientos que produjo, no se causaron; como tampoco se debió cobrar la ya mencionada comisión por administración. Que conforme al artículo 1746 del Código Civil, debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia y/o nulidad, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras que hicieron crecer el patrimonio del afiliado. Finalmente, respecto a la devolución de **sumas adicionales a la aseguradora** dice que se encuentran autorizadas por la Ley, dado que se paga mensualmente a una aseguradora. Frente a los **bonos pensionales** la entidad no emite los mismos **ni garantías de pensión mínima**, pues los dineros están destinados a garantizar la pensión, no siendo del fondo de pensiones. También se opone a la condena en costas y agencias en derecho.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

La parte demandante y Colpensiones a través de escritos obrantes a folios 03 a 16 Archivo 03 PDF y 04 a 10 Archivo 04 PDF (Cuaderno Tribunal), respectivamente, presentaron alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿La vinculación del demandante al RAIS a través de Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1994, se trató de un traslado de régimen pensional?

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

1.3. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, retorne los gastos de administración debidamente indexados, incluido el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional? Asimismo, ¿debe ordenarse a Porvenir S.A. el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

2. Respuesta al primer interrogante.

¿La vinculación del demandante al RAIS a través de Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1994, se trató de un traslado de régimen pensional?

La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Contrario a lo señalado por la recurrente, la vinculación del actor al RAIS a través de Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1994, se trató de un traslado de régimen pensional, más no de una afiliación inicial.

2.1.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

De conformidad con el certificado de la información laboral¹, se desprende que el actor estuvo afiliado ante la extinta Cajanal a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, del 08 de febrero de 1994 al 31 de agosto de 1994. Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que, como el actor, viene laborando desde la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

*“Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban **vinculados a una caja**, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

*Los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.**”*

Adicionalmente, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 -por el cual se suprime la *Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-*, consagró que dicha entidad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes,

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas. 06 a 07.

a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el demandante, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, fue afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de Cajanal, la vinculación efectuada por éste con Colfondos S.A. el 25 de mayo de 1994 efectiva a partir del 01 de junio de 1994², se trató de un traslado de régimen pensional y no como lo reprocha Colpensiones, que el demandante nunca ha estado afiliado al RPM.

Ante una situación similar a la del *sub lite*, la Sala de Casación Laboral³ de la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia SL1305 del 12 de abril 2021, radicación No. 83621, puntualizó:

*“Es decir, que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, **la actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Pasto, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen.***

*De lo anterior deviene que contrario a lo señalado por el ad quem, en el presente evento, **no se trató de una afiliación inicial** por parte de la señora Enríquez Guerrón al Sistema General de Pensiones a través de Porvenir el 18 de mayo de 1995, **sino de un traslado de régimen, ya que aquella con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía afiliada al RPMPD; en consecuencia, incurrió el sentenciador de segundo grado, en infracción de las normas denunciadas en la proposición jurídica”.***

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

² Archivo 14 – PDF – Página 53.

³ Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

2.2.1. 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 Colfondos S.A.⁴, del formulario de afiliación⁵ y el historial de vinculaciones de Asofondos⁶ que el demandante 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, administrado por la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal del 08 de febrero de 1994 al 31 de agosto de 1994⁷.
- Del historial de vinculaciones de Asofondos, el 25 de mayo de 1994, el accionante se trasladó al RAIS a través de Colfondos S.A. siendo efectiva a partir del 01 de junio de 1994 al 31 de julio de 1998. El 10 de junio de 1998 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A. con efectividad de 01 de agosto de 1998 al 31 de mayo de 1999. Posteriormente, el 28 de abril de 1999 se traslada a Colfondos S.A. con efectividad el 01 de junio de 1999, entidad en la cual actualmente continúa cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el actor al momento del traslado no se le informó los riesgos que implicaba el cambio de régimen de pensión del RPM y el RAIS, no se le realizó una proyección del monto de pensión que recibiría en cada uno de los regímenes pensionales, por lo que no recibió una información clara, calificada y suficiente.

Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan brindado a la parte demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario

⁴ Pág. 38 a 52– Archivo 14 - PDF

⁵ Pág. 08 Archivo 01 – PDF

⁶ Pág. 53 – Archivo 14 – PDF

⁷ Pág. 06 a 07 Archivo 01 – PDF

del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por el actor, 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 afiliado el 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 los reproches concernientes a que, la actora permaneció por varios años en el RAIS y que le faltaban 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 prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente**

declarar la ineficacia del cambio de régimen". Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de las recurrentes.

Por otra parte, se aclara a la apoderada judicial de Colpensiones que no resulta aplicable el criterio jurisprudencial sentado en providencia SL373 del 10 de febrero de 2021, radicación No. 84475. Ello, por cuanto en ese asunto la calidad del demandante era de **pensionado en el RAIS**. En dicho escenario se estableció que no procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, toda vez que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir. No obstante, en el presente asunto, no se avizora que a el actor se le haya reconocido la prestación pensional en el RAIS, ostentando la **calidad de afiliado** al Sistema General de Pensiones.

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

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

2.3. ¿Es acertado ordenar a Colfondos S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, retorne los gastos de administración debidamente indexados, incluido el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional?. Asimismo, ¿debe ordenarse a Porvenir S.A. el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

La respuesta es **positiva**. Colfondos S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales, gastos de administración y primas por seguros previsionales, con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad. Por lo tanto, se confirmará la sentencia en este sentido.

2.3.1 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 Protección S.A. y a Colfondos S.A., 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).

La devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...**la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que 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 tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

De igual forma, 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.

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

Finalmente, 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”.

2.4. ¿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.

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

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

5. Costas.

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de las apelantes Colpensiones y Colfondos S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto parcial

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle
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