



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticinco (25) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-013-2019-00488-01
Juzgado de origen:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	María Constanza Rodríguez Castiblanco
Demandados:	<ul style="list-style-type: none">– Colpensiones– Colfondos S.A.– Protección S.A.– Porvenir S.A.– Old Mutual hoy Skandia
Decisión:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	262

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, contra la sentencia No 219 emitida el 30 de junio de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de esa misma entidad.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que, se declare: **i)** la nulidad o ineficacia de la afiliación y traslado al RAIS que suscribió con la AFP Porvenir S.A. **ii)** Que como consecuencia de la declaración de la nulidad o ineficacia de la afiliación se ordene a AFP Protección S.A. a trasladar al régimen de prima media con prestación definida a cargo de Colpensiones, junto con el saldo del dinero ahorrado de todos los aportes, rendimiento, intereses, bono

pensional si lo hubiere, historia laboral actualizada en semanas durante el todo el tiempo que estuvo aportando al fondo, junto con la devolución de gastos de administración, seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, así como la obligación de devolverle las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio. **lii)** se le ordene a Colpensiones aceptarla como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales, quedando en libertad de definir el régimen bajo el cual se estudiará la prestación económica a decidir. **lv)** se condene a Porvenir S.A., al reconocimiento y pago de las costas y gastos judiciales del proceso. **v)** Se dé aplicación a las facultades ultra y extra petita. (Folios 05 a 13 – Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A.

Colpensiones mediante escrito visible a págs. 99 a 114 de Archivo 01 ExpedienteDigitalizado.pdf. **Protección S.A.**, mediante escrito visible a folios 124 a 153 de Archivo 01. **Old Mutual hoy Skandia** mediante escrito visible a págs. 207 a 223 de Archivo 01.pdf. **Porvenir S.A.**, mediante escrito visible a págs. 274 a 291 de Archivo 01. **Colfondos S.A.**, mediante escrito visible pág. 312 *ibid.* presentó allanamiento a las pretensiones de la demanda, respectivamente, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.)

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No 219 emitida el 30 de junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas, por quienes integran la pasiva, salvo Colfondos que no lo hizo. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación de la señora María Constanza Rodríguez Castiblanco, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de todos los fondos pensionales a la que estuvo afiliada, desde Porvenir S.A., 1 de octubre de 1995; Old Mutual hoy Skandia 1 de junio de 1996; Protección S.A., 1 de marzo de 1999; Colfondos 1 de julio de 2009; y nuevamente Protección S.A., 1 de octubre del año 2014, fondo actual. **Tercero**, se condena a Protección S.A., fondo actual a transferir a Colpensiones, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante María Constanza Rodríguez Castiblanco, con sus rendimientos y demás frutos y anexidades a estos. **Cuarto**, se condena a Colpensiones a recibir de Protección S.A., los recursos de la cuenta de ahorro individual con rendimientos y frutos de la demandante María Constanza Rodríguez Castiblanco, contabilizarlos en favor de esta en el fondo común sin solución

de continuidad como si nunca se hubiese ido y a título de semanas cotizadas. **Quinto** se absuelve a los fondos privados Porvenir, Old Mutual Skandia, Protección y Colfondos, de trasladar los gastos de administración, bonos pensionales, y provisiones de seguros. **Sexto**, se consulta la presente sentencia ante el Superior **Séptimo**, se condena en costas a Colpensiones, y a los fondos privados, Porvenir, Old Mutual Skandia y Protección S.A, no hay condena en costas para Colfondos.

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.

3.3. Como análisis probatorio en su conjunto, tomó no solamente la demanda, la contestación de la demanda y alegatos de conclusión, sino la documental misma que obra en el expediente, de donde adujo, no hay controversia sobre la afiliación inicial de la demandante al fondo común entonces administrado por el ISS hoy Colpensiones, cómo tampoco su afiliación al RAIS con solidaridad, del cual no se desconocen los tiempos ni la forma como lo ha admitido cada fondo. La discusión está en sí esa vinculación lo fue de manera eficaz, en el entendido de que la demandante haya tenido la información suficiente, no solo para afiliarse sino para mantenerse en el fondo, y trasladarse entre AFP. Carga de la prueba que, le correspondía a la pasiva, la cual brilla por su ausencia, razón que fuerza a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de todos los fondos privados, Porvenir, Old Mutual hoy Skandia, Colfondos, Protección y su regreso a RPM a través de Colpensiones, administradora única actual de este tipo de fondo, con todos sus rendimientos y anexidades.

3.4 Pasó luego a estudiar respecto a los bonos pensionales, gastos de administración y seguros, enunciando para el efecto que, no se profiere condena alguna en cuanto a bonos pensionales, porque no se han emitido ni pagado. Adicionalmente recordó que, los bonos pensionales van al Ministerio de Hacienda y solo cabalgan para la consolidación y liquidación de derechos personales en el RAIS, cuando se hace uso de una prestación económica de las ofrecidas por el régimen, de lo cual no se informa en el proceso, ni se prueba.

3.5. Frente a los gastos de administración, refirió que no había ninguna afectación, ni para Colpensiones, ni para la afiliada por los gastos de administración, pues los mismos gastos de administración que pagó en el fondo privado tenía que haberlos pagado en el

fondo público, es decir, no hay ningún tipo de afectación para ella. Distinto ocurre con Colpensiones de quien refiere que, si bien no reconoce ni consolida la prestación económica frente a esos gastos de administración, sí es cierto que dejó de recibirlos por un período largo. Agrega, los gastos de administración que dejó de recibir por mucho tiempo que entre otras cosas por la existencia y validez del negocio no tenía por qué haberlos recibido, como si lo hizo en los fondos privados que generaron un rendimiento pasando de fondo a fondo en las cuentas de ahorro individual. Argumentos que, hace extensivo a las previsiones.

3.6 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.

4. La apelación.

Contra esa decisión, la apoderada judicial de Colpensiones, formuló recurso de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Pide se revoque la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo indebida o insuficiente información por parte de los fondos privados demandados, al momento de trasladarse la actora de régimen y posteriormente la firma de formulario de afiliación. Premisas que, le permitieron concluir, no se configuran los elementos que permitan a la demandante volver a ser parte del RPM con prestación definida administrado por Colpensiones, ya que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez en un supuesto engaño. Refirió que, en el caso concreto lo que se evidencia es una variación salarial que conlleva una variación en el monto pensional. Manifestó que, existen elementos notorios que exponían la intención de la demandante de permanecer afiliada al RAIS.

4.1.2. En caso de que se confirme la sentencia, solicitó se ordene al fondo privado traslade la devolución total de los recursos, comprendiendo todo lo que se encuentra en el saldo de la cuenta de ahorro individual y el 16% total del descuento en pensión, el cual está conformado por las comisiones de administración, interpretado por algunos jueces como gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, reaseguro, invalidez y sobrevivencia. Pide, se aplique la indexación sobre todos estos valores. Adicional a esto, y con observancia de las sentencias SL del 8 de septiembre 2008 radicación 31989 y SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019 radicación 56174, se aplique el principio de equilibrio financiero del sistema de garantía. Por tanto,

pretende, la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el funcionamiento de las pensiones debe entenderse también como el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es, recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al RPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y mermas en la cuenta individual. Por último que, se absuelva a Colpensiones de la condena en costas, toda vez que ella actuó de buena fe, es un tercero y que está probado que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria de régimen.

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 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A.

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 de la ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 3 a 5 archivo 05 PDF, Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 8, archivo 04 PDF, Skandia S.A. a través de escrito obrante a folio 03 archivo 06 PDF, y el actor en el obrante en páginas 03 a 06 del archivo 07.pdf (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado 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 "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

1.3. ¿Es acertado ordenar a Protección 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 y los rendimientos, además, de los intereses, bono pensional si lo hubiere, junto con la devolución de gastos de administración, seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima? Asimismo, ¿debe ordenarse a Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

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

1.5. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

2. Respuesta al primer y segundo interrogante.

2.1. 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 las AFP Protección S.A. Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos 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 probatoria, 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.

2.2. 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.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones², Protección S.A.³, Skandia⁴, Porvenir S.A.⁵, el formulario de afiliación⁶, certificación de Asofondos⁷, resumen historia laboral bono pensional⁸, 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 – RPM⁹, en el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, el 06 de agosto de 1987 al 30 de septiembre 1995.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 22 de septiembre de 1995 la parte actora se trasladó a la AFP **Porvenir S.A.**, siendo efectivo a partir del 01 de octubre de 1998, hasta el 31 de mayo de 1996, a **Old Mutual** con fecha de efectividad el 01 de Junio de 1996, hasta el 28 de febrero de 1999, a **Protección S.A.**, con efectividad al 01 de marzo de 1999 hasta el 30 de junio de 2009, a **Colfondos S.A.**, con efectividad del 01 de julio de 2009, hasta el 30 de septiembre de 2014. Retorna nuevamente a **Protección S.A.**, el 01 de octubre de 2014 a la fecha.

2.3.2. En el escrito de la demanda la accionante manifestó que, en el mes de mayo de 1995, asesores de Porvenir la visitaron en el trabajo ofreciéndole hacerle el traslado del RPM administrado por el ISS al RAIS. Como parte de los argumentos para persuadirla se le expuso que, de trasladarse al RAIS su pensión iba a ser superior, que su pensión de vejez sería un porcentaje del promedio de los ingresos de sus últimos años de aportes, en caso de ser más favorable; que, podría pensionarse antes de la edad establecida en el ISS; que, este fondo pensional desaparecería y podría perder sus ahorros. AFP que alude, omitió exponerle un plan pensional en el RAIS y guardo silencio sobre las

² Pág. 17 Archivo 01ExpedienteDigitalizado

³ Pág. 171 a 185 ibid.

⁴ Pág. 226 a 230 ibidem

⁵ Pág. 295 ibid.

⁶ Pág. 32, 162, 224, 296 ibidem

⁷ Pág. 161, 229 a 230, 292 a 293 ibid.

⁸ Pág. 164-165 ibidem.

⁹ Pág. 17 Archivo 01ExpedienteDigitalizado

condiciones de redención de los bonos pensionales, sobre las modalidades en que se reconocen las pensiones, sus condiciones y desventajas, sobre las tasas de reemplazo, la forma en que se administran las pensiones, la financiación del sistema y los riesgos que ello implica para el afiliado y su pensión. Consideró que, la decisión que ella tomó no fue de manera informada, autónoma y consciente (Pág. 05 a 13 de Archivo 01ExpedienteDigitalizado.pdf)

2.3.3. Por su parte la AFP Porvenir señaló en la contestación de la demanda que, a la usuaria se le proporcionó de manera verbal la información completa del sistema pensional, las principales características y las diferencias de cada régimen. Por lo cual considera, cumplió al momento de la afiliación con todas las obligaciones que para la época le exigía la normatividad vigente, sin que haya existido omisión alguna a sus deberes que generarán la nulidad absoluta de la afiliación de la demandante al RAIS. Por tanto, enuncia, la decisión tomada por la actora se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas. Por último, señaló que, en cumplimiento de las exigencias legales, la accionante al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía de manera voluntaria y libre. (Págs. 274 a 291 de Archivo 01 ExpedienteDigitalizado.pdf)

2.3.4. La AFP Protección S.A. adujo que, la entidad capacita debidamente a sus asesores comerciales antes de ser autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administra, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin de que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada. Así mismo, refiere, le suministra a los afiliados toda la información precisa y ajustada a las normas que regulan el RAIS, enterándolos sobre las características y particularidades del mismo, para que puedan escoger la opción que más se adapte a sus intereses. Aclaró que, no existen documentos físicos, informes, cálculos, proyecciones ni boletines que soporten dicha asesoría, dado que la misma se dio de forma verbal. Sin embargo, insiste, que para la fecha del traslado de la demandante los fondos privados no tenían obligación de brindar la información en los términos solicitados, por cuanto la existencia del deber de asesoría sólo inició formalmente hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015. (Págs. 124 a 153 de Archivo 01 ExpedienteDigitalizado.pdf)

2.3.5. Por su parte Old Mutual hoy Skandia argumentó que, no participó ni intervino en el momento del traslado del régimen de la demandante, cómo se desprende de los hechos de la demanda, pues la actora el día 18 de abril de 1996 se afilió a la AFP Pensionar S.A., y no directamente a Old Mutual. Fondos pensionales que se fusionaron. (Págs. 207 a 223 de Archivo 01 ExpedienteDigitalizado.pdf)

2.3.6. Colfondos S.A., por su parte presentó escrito allanándose a las pretensiones de la

demanda (Pág. 312 Archivo 01).

2.3.7. Para la Sala las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos y Old Mutual hoy Skandia no demostraron que hayan 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 beneficiario de este (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción, no es prueba de la debida asesoría que 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 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 las AFP Protección S.A. Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A., suministraron al demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al tercer problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A., debe trasladar no solo las cotizaciones efectuadas por la actora, sino además, los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. A Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A. les corresponde trasladar estos últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esos fondos pensionales. Por lo tanto, se deberá adicionar la sentencia en este sentido.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

3.2.2. 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., Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y 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 decisión del *a quo* de ordenar al fondo privado demandado Protección S.A., la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada a la misma, 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.

4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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.

5. Respuesta al quinto problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a 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 confirmará la imposición de tal condena por parte del *a quo* a Colpensiones S.A.

6. Costas.

Al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación planteado por Colpensiones, no se impondrá condena en costas en segunda instancia.

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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a **Protección S.A.** a devolver a Colpensiones además de los conceptos ordenados en primera instancia, los gastos de administración, primas, los seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. A **Porvenir S.A., Old Mutual hoy Skandia y Colfondos S.A.**, deberán igualmente trasladar estos conceptos por el tiempo que permaneció afiliada en esos fondos.

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

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL


YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

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

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado

en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.

El Magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA