



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2021-00395-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Ana Edelbina Pérez Hurtado
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	293

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia No 532 emitida el 06 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 la demandante que se declare la ineficacia de la afiliación y/o traslado del Régimen de Prima Media al Régimen Ahorro Individual con Solidaridad que efectuó en febrero de 1997. Como consecuencia pide: *i) tener como única afiliación válida de la*

demandante al sistema pensional, la de Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. ii) se condene a Porvenir S.A. a trasladar al sistema del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, valor del bono pensional a la fecha de su emisión con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración ni las mermas sufridas por el capital. iii) A Porvenir S.A. a devolver a la demandante las cotizaciones voluntarias si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio. Iv) Ordenar a Colpensiones que efectúe la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad y reciba de Porvenir S.A. todos los valores ordenados a devolver al RPM con Prestación Definida. v) Asimismo, pide lo ultra y extra petita y se condene en costas a cargo de las demandadas. (Pág. 1 a 8 Archivo 03 - PDF)

2. Contestaciones de la demanda.

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

Protección S.A. mediante escrito visible a folios 02 a 38 Archivo 09 PDF. Colpensiones a folios 03 a 16 Archivo 07PDF y Porvenir S.A. a folios 2 a 28 Archivo 08, 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.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *a quo* dictó sentencia No 532 emitida el 06 de diciembre de 2021. En su parte resolutive, decidió: “**Primero**, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante Ana Edelbina Pérez Hurtado, en los fondos de pensiones y cesantías Horizonte hoy Porvenir y Protección. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad. **Segundo**, condenar AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., a trasladar a Colpensiones EICE, los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de la demandante Ana Edelbina Pérez Hurtado, junto con sus rendimientos. De igual modo, las AFP deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Tercero, condenar a Colpensiones que una vez las AFPS den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. Cuarto, Condenar en costas a cargo de cada uno de las demandadas. Quinto, ordenar la consulta”.

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.

4. La apelación.

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

4.1 Apelación Colpensiones

Apoya la censura invocada en contra de la decisión de primer grado en que, los traslados que efectuó la actora son completamente legales. Aduce que los requisitos enunciados por la *a quo*, no se aplicaban para la época de los hechos de los traslados ni eran impuestos por la ley. De lo anterior concluyó que, todos los actos tienen presunción de legalidad y no se evidenció un vicio del consentimiento, ni hubo un comportamiento de mala fe por Colpensiones. Tampoco se logró demostrar que se utilizó medio alguno para poder engañar a la accionante al momento de su afiliación. Además, se ha demostrado con el paso del

tiempo que la actora ha estado de acuerdo en permanecer en su fondo de pensiones. Alega que, el traslado se dio voluntariamente, no se presume que los fondos de pensiones de forma sospechosa hubiesen tratado de perjudicar a la demandante en el traslado.

4.2. Apelación Protección S.A.

Presentó recurso de apelación en contra de la sentencia en donde se condena de nuevo a la devolución de lo que había en la cuenta de ahorro individual, así como a los gastos de administración. Expone como argumentos de su censura que, las actuaciones de Protección han estado ceñidas a la Constitución y a la ley. La comisión por el manejo de aportes obligatorios, se encuentran contemplados en el artículo 60 de la ley 100 de 1993 en donde señala las características del RAIS, en especial el literal B). Por lo anterior, las entidades que administran los fondos de pensiones, están legalmente facultadas para cobrar a sus afiliados por el manejo de aportes que realizan las administradoras, ya que este cobro obedece a un mandato de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Alude que, si la consecuencia de ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca Protección debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual; los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión. Agrega que, si esa comisión nunca se debió haber descontado, tampoco existen los rendimientos.

Advierte que, en caso que se condene a Protección a devolver a Colpensiones los aportes, los rendimientos y adicionalmente, lo descontado por Comisión de Administración, se configuraría en un enriquecimiento sin causa a favor de la actora y de Colpensiones, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por una buena administración sin reconocerle o pagar ningún concepto por la gestión realizada. Alude que, los gastos de administración no benefician a la demandante al momento de su traslado a Colpensiones, pues quien, si va a disfrutar de ello, es directamente Colpensiones. De igual manera, estos gastos privados se les debe aplicar la presunción del artículo 151. Considera que es improcedente el reintegro de estos rubros, de la cuenta de ahorro individual, por estar prescritos parcialmente.

4.3. Apelación Porvenir S.A.

Pide se revoque la sentencia de primer grado. Apoya la censura en que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, pues lo que se exigía al momento de vinculación de la demandante, era lo que atañía a la normatividad vigente para el año de 1997. Por tanto, la afiliación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento de darse el traslado, la cual se dio manera verbal, no dejando de ser transparente, completa y veraz. Es tan sólo a partir del 01 de julio de 2010 que se considera como obligatorio para las AFP privadas, informar por escrito beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión. Aduce que fue la demandante quien de forma consciente y espontánea, y sin ningún tipo de presión o coacción decidió suscribir el formulario de traslado.

De igual forma, las acciones para reclamar la nulidad e ineficacia se encuentran prescritas en atención a lo señalado en los artículos 1750 del Código Civil, Art. 151 del CPL y Art. 488 del C. S. del T.. Lo anterior, por cuanto debe tenerse en cuenta que no se está en presencia de un derecho pensional, sino ante la ineficacia del acto.

Agrega que en cuanto a las condenas impuestas en el numeral segundo, que atañe a la devolución de los gastos de administración, advierte que dicha condena no es procedente acorde a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, que dispone que de las restituciones mutuas que haya que hacerse en virtual de la declaratoria de ineficacia, no hay lugar a ordenar a devolver lo contenido en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos y cuotas de administración, porque dicho rubro son los que se deben entender como las pérdidas y el deterioro que cada una de las partes de asumir en una relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Precisa que, respecto a la devolución de los rendimientos, que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir que la demandante nunca estuvo afiliada a Porvenir S.A.; luego entonces, si nunca existió dicha afiliación, no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años en que la demandante estuvo afiliada a ese fondo. Adicionalmente, con relación a devolver el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, alega que dicha suma ya se encuentra en extinta, y por lo mismo, no hace parte de los dineros que administra Porvenir.

Finalmente, lo que respecta a la condena de la devolución de la prima de seguros previsionales, señala que no es procedente la misma, al no encontrarse en poder de Porvenir S.A., sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. Alude que, la destinación de dichas sumas,

cumplieron con su objetivo y en consecuencia aquellas ya se agotaron y extinguieron, cobertura que se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible.

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 Legislativo 806 del 4 de junio de 2020¹, convertido en legislación permanente mediante la Ley 2213 de 2022², se pronunciaron, así:

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

Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 4 a 9, archivo 04 PDF (cuaderno Tribunal). Los demás guardaron 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. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. y Porvenir 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, regrese los gastos de administración, incluido el porcentaje destinado a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos?

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".

² Vigente a partir del 13 de junio de 2022

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

2. Respuesta al primer interrogante.

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

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

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como

también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte

está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.1.2. Caso en concreto.

Para este caso, de las historias laborales de Porvenir S.A.³ Protección S.A.⁴, de los formularios de afiliación⁵, bonos pensionales⁶ y el historial de vinculaciones de Asofondos⁷ que la demandante 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, administrado por Colpensiones desde diciembre de 1985 como se adujo en el hecho tercero. Situación fáctica que aceptó Colpensiones al indicar que en efecto estuvo vinculada por dicho periodo en el ISS hoy Colpensiones, donde efectuó un total de cotizaciones 38 semanas.
- Del historial de vinculaciones de Asofondos, el 01 de febrero de 1997, la accionante se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir siendo efectiva a partir del 01 de abril de 1997 al 31 de enero de 2006. El 21 de diciembre de 2005 se trasladó a Protección con efectividad de 01 de febrero de 2006 al 30 de noviembre de 2009. Posteriormente, el 14 de octubre de 2009 se traslada a Porvenir S.A. con efectividad el 01 de diciembre de 2009, entidad en la cual actualmente continúa cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, a la actora al momento del traslado no se le informó que su pensión dependía de variables como la conformación del grupo familiar, variaciones del mercado, negociación del bono

³ Pág. 29 a 54, 67 a 78 Archivo 08 – PDF-.

⁴ Pág. 22 a 29 Archivo 09 -PDF-

⁵ Pág. 56, 59, 64 Archivo 08 -PDF- Pág. 19 Archivo 09 -PDF-

⁶ Pág. 65 a 66, 88 a 91 Archivo 08 – PDF-.

⁷ Pág. 85 Archivo 08 – PDF-.

pensional, entre otros. Tampoco se le dio a conocer las ventajas y desventajas de cada régimen.

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 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 prerequisites 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 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.

2.2. ¿Es acertado ordenar a Protección S.A. y Porvenir 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, regrese los gastos de administración, incluido el porcentaje destinado a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. y Protección S.A., deben trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones y rendimientos financieros. Asimismo, los bonos pensionales, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio, debidamente indexados. A Protección S.A. le atañe trasladar las cotizaciones, rendimientos financieros, los bonos pensionales, y gastos de administración, sólo en el evento de no haber operado en su momento la devolución a Porvenir S.A. ante el traslado entre fondos. Los demás conceptos como primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima si deberán ser trasladados por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad. Por lo tanto, se confirmará 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 Protección S.A. y a Protección 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 Protección 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. No sin antes advertir que a Protección S.A. le atañe trasladar las cotizaciones, rendimientos financieros, los bonos pensionales, y gastos de administración, sólo en el evento de no haber operado en su momento la devolución a Porvenir S.A. ante el traslado entre fondos. Los demás conceptos como primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima si deberán ser trasladados por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad.*

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”.

2.3. ¿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.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección 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, Porvenir S.A. y Protección S.A., y en favor de la 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
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali-Valle

YULI MÁBEL SÁNCHEZ QUINTERO



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

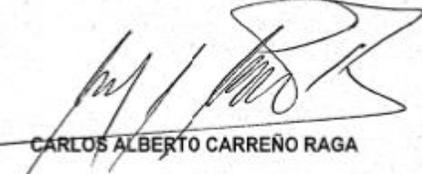
Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-005-2021-00395-01
Juzgado de origen:	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Ana Edelbina Pérez Hurtado
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

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

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).

4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA