



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-010-2019-00429-01
Juzgado de origen:	Décimo Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Alex Lombardo Ramírez Rivera
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. -Protección S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia No.	399

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. contra la sentencia No. 098 emitida el 14 de junio de 2022. 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 Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por Protección S.A. En consecuencia, que se ordene Protección S.A. y a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, los gastos de administración, la prima

de seguros previsionales. Finalmente, requiere lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 04 a 43 – Archivo 01 PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Porvenir S.A.

Las entidades demandadas (Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A.), mediante escritos visibles a folios 01 a 10 – Archivo 04 PDF, 02 a 44 – Archivo 09 PDF y 02 a 44 – Archivo 16 PDF respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, no se estima necesario reproducir, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 098 emitida el 14 de junio de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a Protección S.A. y Porvenir S.A. **Tercero**, declarar como única afiliación válida del actor, la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. **Cuarto**, condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como valores de la cuenta de ahorro individual, con sus frutos e intereses, los valores por concepto de cotizaciones, sumas adicionales, los aportes a pensión mínima con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado; al igual que los gastos de administración. **Quinto**, ordenar a Colpensiones a recibir los recursos que se trasladen por Protección S.A. y Porvenir S.A. **Sexto y Séptimo**, condenar en costas a las demandadas. **Octavo**, remitir a consulta la presente providencia, en caso de no ser apelada.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

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

4.1. Apelación Colpensiones

Solicita se tenga en cuenta el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección del Consumidor financiero, pues esta normatividad indica las obligaciones que deben tener los afiliados que pertenecen al régimen de pensiones, pues existen unos deberes mínimos, siendo la única regla excepcional, que haya existido un vicio en el consentimiento.

Pide que dando prevalencia al interés general sobre el particular, se adopten las medidas pertinentes en busca de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme los principios que rigen la Constitución Política. Por lo tanto, la declaración de ineficacia injustificada afecta la sostenibilidad financiera. Finalmente pide se revoque la condena en costas.

4.2. Apelación Protección S.A.

Presenta su inconformidad frente a **los gastos de administración**, pues dice que este concepto se descuenta para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de la parte actora, pues de cada 16%, la entidad ha descontado un 3% para dicha comisión y pagar la prima de seguros previsionales de la compañía de seguros. Que este concepto se encuentra autorizado por la Ley, y ya están causados. Respecto a la devolución de **primas de seguros previsionales** dice que se encuentran autorizadas por la Ley, dado que se paga mensualmente a una aseguradora. Se opone también a la condena en costas.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Dice que el artículo 171 de la Ley 100 de 1993 nada dice frente la ineficacia del régimen pensional por fallas u omisiones de traslados, no consagra ningún derecho sustancial, ni las consecuencias del incumplimiento del deber. Que el demandante era conocedor de las características del régimen pensional, pues realizó traslados horizontales permaneciendo en el RAIS, por lo que no debe excusarse en su desconocimiento. Que

para la fecha de afiliación no existía obligación de las administradoras de guardar algún tipo de soportes, pues la asesoría se daba de manera verbal.

Frente a los **gastos de administración y primas de seguros previsionales**, desconoció la naturaleza de los mismos, pues porvenir S.A realizó unas series de actos que generaron rendimientos a los aportes del actor; además, tiene una destinación específica. Frente a las primas de seguros, aduce que este concepto se traslada a un tercero como lo es la aseguradora, y ya se encuentran causados, pues salieron del patrimonio de la entidad.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conclusión, se pronunciaron de la siguiente manera:

Colpensiones a través de escrito obrante a folios 03 a 04 Archivo 04PDF; Porvenir S.A. a folios 03 a 08 Archivo 05PDF y la parte demandante a folios 03 a 16 Archivo 06PDF (cuaderno Tribunal) respectivamente, presentaron alegatos de conclusión.

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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?. De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Protección S.A. el traslado de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el actor a ese fondo?

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

1.4. ¿Es procedente condenar en costas de primera instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes.

2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** 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. y Porvenir 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, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado, cuya consecuencia jurídica sería la nulidad del acto jurídico, por eso se respalda la decisión del juez de primera instancia. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.1.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito

que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

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

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

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

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de Porvenir 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 concreto.

Se desprende de la historia laboral de allegada por Colpensiones¹, Porvenir S.A.², Protección S.A.³, de la certificación de Asofondos⁴, de los formularios de afiliación⁵, y de la certificación de bonos pensionales⁶, 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, desde el 01 de abril de 1987 a 31 de diciembre de 1995 a través de Cajanal.

¹ Flios. 30 a 33 Archivo 10 – PDF

² Flios. 67 a 77 y 82 a 108 Archivo 16 – PDF

³ Flios. 48 a 54 Archivo 09 – PDF

⁴ Flios. 45 Archivo 09 – PDF y flio 60 Archivo 16PDF

⁵ Flios 45, 55-56 Archivo 01 – PDF y 55 Archivo 09 PDF

⁶ Flios 72 Archivo 01 – PDF y flios 108 a 111 Archivo 16 PDF

- b. En el Régimen de Ahorro Individual: desde 31 de julio de 1996, el demandante se trasladó a Colmena, siendo efectiva el 01 de septiembre de 1996 al 31 de mayo de 1999. Posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 13 de abril de 1999, con efectividad el 01 de junio de 1999, administradora en la que ha continuado cotizando.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, el demandante atendiendo las recomendaciones de el ejecutivo de cuenta y sin que mediaría asesoría, se trasladó al RAIS. Los fondos privados, no efectuaron un estudio pensional, ni le fue indicado las desventajas de trasladarse de regímenes pensionales.

Dígase, además, que, en su interrogatorio de parte, el actor señaló que la afiliación fue libre y voluntaria, pues una asesora le informó que Cajanal se iba acabar, por lo que debía trasladarse al RAIS, razón por la cual, firmó el formulario, pero no le fue brindado una debida asesoría, tampoco le fue comunicado las desventajas del cambio de regímenes. Que solicitó el traslado a Colpensiones, pero le fue negado, pues se encontraba a menos de 10 años de cumplir los requisitos para pensionarse (Mto 18:56 a 29:11 Archivo 44PDF)

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, el actor permaneció por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible al fondo privado. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al demandante. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Porvenir S.A.

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).

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, 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 (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

También se despacha de manera desfavorable el argumento a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

*En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal **incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas***”.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados?. De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Protección S.A. el traslado de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, debidamente indexados, a costa de su propio recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el actor a ese fondo?

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Del mismo modo, a Protección S.A. le corresponde trasladar estos dos últimos conceptos por el periodo respectivo. Razón por la cual habrá de adicionarse sobre estos últimos conceptos la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

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.

Asimismo, 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.

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

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a Colpensiones y Protección S.A. 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 lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *a quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. y en favor del demandante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Primera 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 **CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. y a Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliada a cada fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las entidades 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 el Acto Judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Con ausencia justificada

Firma digitalizada para el Acto Judicial

Cali-Valle
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO