



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Diecisiete (17) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-015-2019-00311-01
Juzgado de primera instancia:	Quince Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Álvaro Andrés Minnig Posada
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Colfondos S.A. - Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	206

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones, Protección S.A., Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A. y Colfondos S.A., contra la sentencia No. 282 emitida el 20 de agosto de 2020. 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 nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, y demás traslados de administradoras en este último régimen. En consecuencia, se ordene a Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., a trasladar a Colpensiones, los aportes efectuados, sus rendimientos y las diferencias a que haya lugar. Finalmente, requiere el pago de costas procesales y el reconocimiento de lo ultra y extra petita (Archivo 01 – Páginas 5 a 15 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 107 a 117 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes, es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria. Por ello, esa AFP no está obligada en realizar el traslado del RAIS al RPM. Agregó que, el traslado del actor goza de plena validez y, además, se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“INNOMINADA”*, *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

2.2. Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.

A través de memorial visible a páginas 169 a 216, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 01 PDF). Indicó que el actor, al momento de afiliarse con esa AFP, venía de estar afiliado con Colfondos S.A. Por ende, ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional. Recalcó que, al seleccionar el Régimen de Ahorro individual, el demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“OLD MUTUAL NO PARTICIPÓ NI INTERVINO EN EL MOMENTO DE SELECCIÓN DE RÉGIMEN”*, *“EL DEMANDANTE SE ENCUENTRA INHABILITADO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN EN RAZÓN DE LA*

EDAD Y TIEMPO COTIZADO”, “*AUSENCIA DE CONFIGURACIÓN DE CAUSALES DE NULIDAD*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otros.

2.3. Protección S.A.

En escrito obrante a páginas 291 a 351 (Archivo 01 PDF), se opone a las pretensiones del libelo incoatorio. Manifestó que no existió omisión por parte de esa AFP, al momento de entregar al demandante toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado entre administradoras. Describió que ese fondo pensional, actuó de manera profesional, transparente y prudente en dicho acto, siendo éste quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen. Impetró como medios exceptivos de fondo, los de: “*VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DEL RPM AL RAIS Y EN CONSECUENCIA DEL TRASLADO ENTRE AFP'S REALIZADO POR EL DEMANDANTE*”, “*NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS*”, “*COMPENSACIÓN*”, entre otros.

2.4. Colfondos S.A.

En memorial visible a páginas 401 a 411, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 01 PDF). Puntualizó que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Arguyó que, lo asesoró acerca de las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el RAIS. De esta manera, formuló las excepciones de mérito de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*”, “*BUENA FE*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO*”, “*INNOMINADA O GENÉRICA*”, entre otras.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 282 del 20 de agosto de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la nulidad o ineficacia del traslado

que efectuara el demandante del RPM al RAIS el 10 de noviembre 1994 y los consecuentes traslados a Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colfondos S.A. **Tercero**, condenó a Old Mutual, hoy Skandía S.A., a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses en los términos del artículo 1746 del C.C. Asimismo, dispuso que Protección S.A. y Colfondos S.A., debían devolver los gastos de administración indexados durante los períodos en que administraron los recursos del accionante. **Cuarto**, condenó a Colpensiones, a vincular válidamente en el RPM al actor. **Quinto**, condenó en costas a los fondos privados de pensión. **Sexto**, ordenó se surta el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante, era dable declarar la ineficacia deprecada. Recalcó que la carga probatoria en dichos asuntos, se encontraba en cabeza de los fondos privados, por lo cual, ante la falta de medios de convicción, procedía la declaratoria de ineficacia.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones, Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colfondos S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

Expresa que esa entidad se encuentra obligada a reconocer el subsidio económico para las personas que se pensionan en el RPM. Dicha autoridad se encuentra claramente afectada con la sentencia de primer grado, por tanto, se debe otorgar el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa administradora pensional. En el recurso de apelación requiere se revoque el fallo proferido por el *A quo* y, en su lugar, la absuelva de las pretensiones de la demanda.

4.2. Apelación Colfondos S.A.

Requiere se revoque la condena por gastos de administración. Argumenta que dicho concepto se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que opera para el RPM y el RAIS. En ese sentido, en los casos donde se declare la nulidad o ineficacia de afiliación, únicamente es procedente ordenar la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros, más no la comisión que se descontó por gastos de administración. Ello, por cuanto se trata de erogaciones ya causadas, siendo descuentos autorizados por la ley, y como una contraprestación de una buena gestión de la AFP. De dicho aporte, también se deduce lo correspondiente a seguros previsionales. Por tal motivo, no procede la devolución de dichos rubros.

Exalta el contenido del artículo 1746 del C.C. que regla los efectos de la declaratoria de nulidad, consagrando las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras. A pesar de que se declare la ineficacia no se puede desconocer que el bien administrado produjo unas mejoras por la buena administración de la AFP. El fruto o mejora del fondo privado es la comisión de administración, la cual debe conservar. Por otra parte, señala que Colfondos S.A. trasladó los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante cuando éste solicitó su traslado a otra AFP. La orden de devolver los gastos de administración constituye un cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa.

4.3. Apelación Protección S.A.

Pretende se revoque la condena por concepto de gastos de administración. Arguye que dichas comisiones ya fueron causadas y además estaban autorizadas por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Esa AFP, durante el período en que el actor estuvo afiliado a ese fondo, administró con la debida diligencia los dineros de la cuenta de ahorro individual, generándole rendimientos. Describe que se debe tener en cuenta el artículo 1746 del C.C. sobre restituciones mutuas. Para el caso de la declaratoria de ineficacia, si se condena a esa AFP devolver tales comisiones, también debería condenarse al demandante a devolver los rendimientos financieros.

4.4. Apelación Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.

Enrostra su inconformidad frente a la orden de devolución de los gastos de administración indexados. Sostiene que el *A quo* basó dicha condena en una sentencia que es ajena a los supuestos fácticos del presente proceso. Aclaró que se debe aplicar el Decreto 3995 de 2008, dado que ésta norma regula de manera expresa los traslados de recursos entre regímenes. En su artículo 7° se prevé que se debe trasladar los aportes y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima, más no los gastos de administración. Dicha regulación encuentra eco en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera. El operador judicial debe ceñirse a dichas normas.

Agrega que en las pretensiones de la demanda no se requiere los gastos de administración. Lo anterior, transgrede el derecho de defensa y, por ende, no se puede emitir dicha condena en su contra. El porcentaje del 3% también sirve para financiar las posibles contingencias por invalidez y muerte, motivo por el cual, dichos gastos de administración no se encuentran a disposición de la AFP. Finalmente, indica que frente a los mismos operó el fenómeno prescriptivo.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante:

Ratificó los argumentos expuestos en primera instancia. Arguyó que la parte pasiva, no logró demostrar que hubiere brindado al actor, la información completa al momento del traslado de régimen pensional. Alude que, no procede el fenómeno prescriptivo.

5.1.2. Colpensiones:

Insistió en los argumentos formulados en la contestación a la demanda. Indicó que, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

5.1.3. Colfondos S.A.

Pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Manifestó que, el traslado de régimen pensional por parte del demandante, fue libre y espontánea. En sentido, como principio procesal, el actor debe demostrar el supuesto engaño u omisión de la información. No obstante, se evidencia la inexistencia de engaño por parte de la AFP. Se opone a la devolución de gastos de administración.

5.1.4. Protección S.A.

Solicitó revocar la sentencia apelada. Adujó que, no es procedente ordenar la devolución de la comisión de administración.

5.1.5. Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.

Requirió se revoque parcialmente el fallo de primer grado. Expresó que, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, toda vez que tienen una fuente legal. Además, no fueron debatidos y pretendidos en el trámite procesal. De otro lado, las referencias jurisprudenciales aplicadas, no son similares a los aquí discutidos. Además, operó la prescripción frente a este concepto. También se opone al retorno de los rendimientos financieros.

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. ¿Es acertado ordenar que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones se traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración indexados?

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

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1. La respuesta al primer interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado 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.

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 Colpensiones¹, Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.² y Protección S.A.³, los formularios de traslado⁴, el certificado para bono pensional⁵ y del historial de vinculaciones de Asofondos⁶, se desprende que el accionante 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, del 20 de junio de 1979 al 30 de noviembre de 1994.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 10 de noviembre de 1994 el accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Colmena. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de diciembre

¹ Archivo 01 – PDF – Páginas 19 a 21 y expediente administrativo (carpeta 02).

² Archivo 01 – PDF – Páginas 61 a 70 y 231 a 251.

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 369 a 377.

⁴ Archivo 01 – PDF – Páginas 45, 59, 229 y 353.

⁵ Archivo 01 – PDF – Páginas 253 a 255.

⁶ Archivo 01 – PDF – Página 379.

de ese año. Luego, se efectuó la cesión por fusión entre ese fondo privado y la AFP ING Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A., efectivo a partir del 1° de abril de 2000. Posteriormente, se suscitó el traslado con Colfondos S.A., con data del proceso del 05 de julio de 2002. El 10 de abril de 2015 suscribió el traslado a la AFP Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., última administradora en la que ha continuado cotizando.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el proceso de traslado de régimen pensional, no se le explicó al actor las condiciones del traslado, ni muchos menos se le realizó una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas. Agregó que incumplieron su deber legal de proporcionar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de la pensión. Asimismo, se omitió informarle sobre la posibilidad de retractarse.

2.3.3. Por su parte, las AFP accionadas, en sus escritos de contestación, señalaron: Protección S.A., aludió que no existió omisión por parte de ese fondo al momento de entregar al actor toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado. A su turno, Colfondos S.A. manifestó que brindó al accionante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Finalmente, Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., recalcó que, al momento de afiliarse con esa AFP, el demandante ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional.

2.3.4. Para la Sala, las AFP convocadas al litigio no demostraron que hayan 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 beneficiario del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegó los formularios de traslado suscritos por el actor, en los 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.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación del promotor de la acción se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado, pues no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado.

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.

Asimismo, 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 los fondos privados 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 al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., debe trasladar a Colpensiones los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, gastos de administración indexados y rendimientos financieros. A Protección S.A. y Colfondos S.A. les corresponde trasladar los gastos de administración indexados por los períodos respectivos. La condena por este último concepto no transgredió el derecho de defensa de la parte pasiva.

3.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2.1. 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 Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto indexado a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 y SL2601 del 9 de junio de 2021, radicación No. 86744).

La decisión del *A quo* de ordenar a las AFP privadas la devolución del rubro denominado gastos de administración indexado, en proporción al tiempo en que el 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**”.*

Finalmente, en lo que atañe al argumento de alzada de Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., concerniente a que los gastos de administración no se requirieron en la demanda y, por tanto, dicha condena transgrede el derecho de defensa basta con señalar que: **i)** el juez de primer grado está investido de las facultadas extra y ultra petita de que trata el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S.; y **ii)** la devolución de los gastos de administración se derivan de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen. De no emitirse tal condena, se generaría un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

3.2.2. Por otra parte, la Sala considera procedente abordar el concepto de rendimientos financieros, en sede de consulta, al cumplirse los presupuestos jurídicos previstos en el artículo 69 del C.P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Ello, por cuanto: **i)** en la sentencia de primer grado, no se profirió condena por dicha materia; y **ii)** dicha omisión se traduce en una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar las posibles prestaciones pensionales del demandante.

En efecto, 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 consecuencia, se adicionará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar que, Old Mutual S.A.,

hoy Skandía S.A., debe trasladar a Colpensiones, los rendimientos financieros de la cuenta individual del demandante.

4. Respuesta al tercer 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, de manera evidente, cobija a los conceptos que debe el fondo privado trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación y se despacha de manera desfavorable el argumento de la apoderada judicial de Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A.

5. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Protección S.A., Old Mutual, hoy Skandía S.A. y Colfondos S.A., y en favor del actor.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia No. 282, apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a Old Mutual S.A., hoy Skandía S.A., a trasladar a Colpensiones los **rendimientos**

financieros de la cuenta individual del actor, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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


TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones, Protección S.A., Old Mutual, hoy Skandía S.A. y Colfondos S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
el judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vie
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Salvamento de voto parcial)


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)