



**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)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76-001-31-05-001-2020-00272-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Primero Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Sylvia Johanna Vera López
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colfondos S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>208</b>

**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. y Porvenir S.A., contra la sentencia No. 283 emitida el 10 de diciembre 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 la demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. Asimismo, se ordene a esta última AFP a aceptar el traslado de la accionante al Régimen de Prima Media. Finalmente, solicita el pago de costas procesales y el reconocimiento de lo ultra y extra petita (Páginas 4 a 38 – Archivo 01 – PDF).

### 2. Contestaciones de la demanda.

#### 2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 2 a 12 (Archivo 10 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que, la actora realizó su traslado al RAIS de forma libre y voluntaria. Para lo anterior, tuvo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso. Propuso las excepciones de fondo de: *“LEGITIMACIÓN EL CAUSA POR PASIVA”*, *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*, *“LA INNOMINADA”*, *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*.

#### 2.2. Protección S.A.

En escrito visible a páginas 2 a 36, se opone a las pretensiones del introductorio (Archivo 12 PDF). Aclaró que la afiliación de la demandante a esa AFP el 19 de noviembre de 1996, no se trató de un traslado de régimen sino de una afiliación inicial. Posteriormente, se trasladó a diferentes administradoras del RAIS, retornando de Colfondos S.A. a Protección S.A., el 26 de septiembre de 2014.

Agregó que al momento de la vinculación inicial y del traslado de régimen, cumplió con su deber legal con la actora, a quien brindó toda la información

que ésta requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto de las características propias del RAIS. Por tanto, la demandante de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, decidió afiliarse a esa AFP. Propuso como excepciones de mérito las de: “*VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otros.

### **2.3. Colfondos S.A.**

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a página 1 (Archivo 13 PDF). Se allanó a las pretensiones del introductorio de conformidad con el artículo 98 del C.G.P.

### **2.4. Porvenir S.A.**

Mediante auto No. 3033 del 10 de diciembre de 2020, la *A quo* adicionó el auto No. 2867 del 30 de noviembre de ese año. En consecuencia, tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A.

## **3. Decisión de primera instancia.**

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 283 del 10 de diciembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia del traslado del RPM administrado por Cajanal al RAIS, realizado por la demandante. **Tercero**, ordenó a Protección S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los períodos en que administró las cotizaciones de la accionante. **Cuarto**, ordenó a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., a devolver al sistema el

porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los períodos en que administraron las cotizaciones de la actora. **Quinto**, ordenó a Colpensiones, admitir a la promotora de la acción en el RPM, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales. **Sexto**, condenó en costas a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, dentro del proceso no se demostró por parte de los fondos privados, haber cumplido con el deber de informar de forma clara a la accionante, lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante, como lo es, el futuro de su derecho pensional. Tampoco se acreditó que se le haya informado de forma concreta sobre los beneficios y desventajas del traslado del RPM al RAIS. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

#### **4. Las apelaciones.**

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

##### **4.1. Apelación Colpensiones.**

Manifestó que la demandante no estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones. Por ende, declarar una ineficacia y ordenar a Colpensiones admitir a una persona que no estuvo vinculada a dicha entidad, sería contrariar el objeto de la pretensión de la nulidad e ineficacia. Por otro lado, precisa que los diferentes traslados que efectuó la accionante dentro del RAIS demuestran que goza de conocimiento sobre la forma como funciona dicho régimen. Por tanto, no se encuentra dentro de la categoría de afiliada lego. La carga dinámica de la prueba no se puede aplicar de manera genérica, sino atendiendo las particularidades del *sub lite*. Se debe exigir a la demandante una carga probatoria para que demuestre el error o engaño al que fue sometida.

En caso de confirmar la sentencia de primer grado, requiere modificar los numerales tercero y cuarto, en el sentido de ordenar la indexación de los conceptos objeto de devolución.

#### **4.2. Apelación Porvenir S.A.**

Solicita se revoque el numeral 4° del fallo de primera instancia en el que se ordenó devolver los gastos de administración por los períodos en que esa AFP administró las cotizaciones de la actora. Indica que esos conceptos no están contemplados en el Decreto 3995 de 2008 cuando se hacen los traslados. Por ende, debe respetarse la designación de esos aportes administrados por el fondo privado.

Asimismo, precisa que en el traslado realizado por la accionante de Porvenir S.A. a Colfondos S.A. se entregó los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, sin que exista ninguna obligación o sustento jurídico para imponer dicha condena. Dichos gastos de administración no hacen parte de la financiación de ninguna pensión de conformidad con la Ley 100 de 1993. Agrega que el artículo 1746 del C.C. se aplica únicamente ante la declaratoria de nulidad.

Por último, señala que en el *sub* examine no se verifica un traslado del RPM al RAIS, sino una vinculación inicial, razón por la cual se desnaturaliza el objeto del litigio dentro del presente proceso. Igualmente, requiere se dé aplicación a la compensación de los rendimientos financieros frente a los gastos de administración.

#### **4.3. Apelación Protección S.A.**

Requiere se revoque la sentencia emitida en primer grado. Argumentó que no se tuvo en cuenta la aplicación de la última postura de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3752 del 15 de septiembre de 2020. Explica que cuando el afiliado permanece en el RAIS y realiza traslados horizontales, como lo hizo la demandante, exterioriza su intención de permanecer en ese régimen pensional. Ello también refleja que tenía conocimiento de todas las circunstancias y características del RAIS. Asimismo, resalta que la

vinculación de la promotora de la acción con esa AFP, fue una afiliación inicial y no un traslado de régimen pensional.

Arguyó que la accionante siempre recibió los extractos de su cuenta de ahorro individual, teniendo conocimiento de las condiciones y estado de su cuenta pensional. Por otra parte, se opuso a la devolución de la **comisión de administración**, toda vez que se trata de erogaciones ya causadas y se encuentran autorizadas por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, señala que se debe tener en cuenta el artículo 1746 del C.C. que prevé las restituciones mutuas y para la actora lo serían los rendimientos financieros.

## **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. Insistió en que, la parte pasiva, no logró demostrar que hubiere brindado a la actora, la información completa al momento del traslado de régimen pensional. Por tanto, solicitó se conforme el fallo de primer grado.

#### **5.1.2. Protección S.A.:**

Requirió revocar la sentencia apelada. Adujó que, la afiliación de la demandante a esa AFP, goza de plena validez. Ésta se trasladó de manera libre y voluntaria, desprovisto de toda coacción. Tampoco hizo uso del derecho de retracto. Reiteró que no es procedente ordenar la devolución de la comisión de administración.

#### **5.1.3. Porvenir S.A.:**

Deprecó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Manifestó que, en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento. Tampoco procede la declaratoria de ineficacia. Expresó que el formulario de afiliación contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones. Además, siempre se le garantizó el derecho de retracto y permaneció cerca de 24 años en el RAIS. No se puede imponer cargas distintas a la AFP.

5.1.4. Las demás partes, guardaron silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿La vinculación de la demandante al RAIS a través de Protección S.A. el 19 de noviembre de 1996, se trató de un traslado de régimen pensional?

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

1.3. ¿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? Asimismo: ¿opera la compensación frente a los gastos de administración tal como lo indica Porvenir S.A.?

1.4. ¿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**. Contrario a lo señalado por los recurrentes, la vinculación de la actora al RAIS a través de Protección

S.A. el 19 de noviembre de 1996, se trató de un traslado de régimen pensional, más no de una afiliación inicial.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.2.1. De conformidad con el certificado de tiempos laborados del Ministerio de Hacienda<sup>1</sup> y el certificado para bono pensional<sup>2</sup>, se desprende que la promotora de la acción estuvo afiliada ante la extinta Cajanal a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, del 1° de julio de 1992 al 19 de octubre de 1994. Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que, como la actora, vienen laborando desde antes de la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

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

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

2.2.2. Adicionalmente, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 -por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-, consagró que dicha entidad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS.

---

<sup>1</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 42 a 50.

<sup>2</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas. 52 y 70. Archivo 12 – págs. 54 a 56.

2.2.3. En consecuencia, teniendo en cuenta que la demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, venía afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de Cajanal, la vinculación efectuada por ésta con Protección S.A. el 19 de noviembre de 1996, efectiva a partir del 20 de noviembre del mismo año<sup>3</sup>, se trató de un traslado de régimen pensional y no de una afiliación inicial como lo reprochan los recurrentes.

Ante una situación similar a la del *sub lite*, la Sala de Casación Laboral<sup>4</sup> de la Corte Suprema de Justicia, en reciente sentencia SL1305 del 12 de abril 2021, radicación No. 83621, puntualizó:

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

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

### 3. Respuesta al segundo interrogante.

3.1. La respuesta al segundo interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen

---

<sup>3</sup> Archivo 01 – PDF – Página 54.

<sup>4</sup> Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

pensional. Correspondía a los fondos privados 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, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

3.2. 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 desvirtuarse 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.

### **3.3. Caso en concreto.**

3.3.1. Para este caso, de la historia laboral de Protección S.A.<sup>5</sup>, del certificado de tiempos laborados del Ministerio de Hacienda<sup>6</sup>, del historial de vinculaciones de Asofondos<sup>7</sup>, del certificado para bono pensional<sup>8</sup> y de los formularios de traslado de régimen pensional en Protección S.A.<sup>9</sup> y cambio de administradora del RAIS<sup>10</sup>, se desprende que la accionante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 1° de julio de 1992 al 19 de octubre de 1994 a través de Cajanal.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 19 de noviembre de 1996, la accionante radicó el traslado al RAIS a través de la AFP Protección S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 20 de noviembre del mismo año. Posteriormente, se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 16 de agosto de 2000, con fecha de efectividad del 1° de octubre de esa anualidad. Luego, se surtió el traslado a Colfondos S.A. el 24 de noviembre de 2003, que se hiciera efectivo a partir del 1° de enero de 2004. Finalmente, la actora se

---

<sup>5</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 57 a 68 y Archivo 12, págs. 40 a 53.

<sup>6</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas 42 a 50.

<sup>7</sup> Archivo 01 – PDF – Página 51.

<sup>8</sup> Archivo 01 – PDF – Páginas. 52 y 70. Archivo 12 – págs. 54 a 56.

<sup>9</sup> Archivo 01 – PDF – Página 54.

<sup>10</sup> Archivo 01 – PDF – Página 56.

trasladó a Protección S.A. con fecha de solicitud del 26 de junio de 2014, efectivo desde el 1° de agosto del mismo año, última administradora en la que ha continuado cotizando.

3.3.2. En la demanda, se argumenta que la demandante, al momento de traslado de régimen pensional, no contaba con conocimiento expreso sobre el Sistema General de Pensiones, como tampoco de las ventajas y desventajas de cada régimen. Arguye que en dicho acto no fue asesorada sobre los alcances negativos que le generaban el traslado al RAIS. Asimismo, no se le explicó las consecuencias de dicho traslado, ni mucho el comparativo de los posibles montos de la pensión. Que también se omitió explicarle la fecha límite para volver al RPM.

3.3.3. Por su parte, la AFP Protección S.A., en su escrito de contestación, indicó que, al momento de la vinculación de la accionante, cumplió con su deber legal, brindando toda la información que ésta requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto de las características propias del RAIS.

A su turno, Porvenir S.A. omitió contestar la demanda y Colfondos S.A., se allanó al *petitum* introductorio.

3.3.4. Para la Sala, los fondos privados demandados no demostraron que hayan brindado a la demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020).

Ahora, a pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por la actora, 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 afiliada la

accionante.

Luego, tampoco son de recibo los reproches concernientes a que la afiliación de la promotora 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. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente, concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente a la afiliada.

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.

Finalmente, 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 deben 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 a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

#### **4. Respuesta al tercer problema jurídico.**

4.1. La respuesta es **positiva**. Protección S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración indexados. A Porvenir S.A. le corresponde trasladar los gastos de administración indexados por el período respectivo. Finalmente, no opera la compensación deprecada por esta última AFP en su recurso de apelación.

4.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otras.

4.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización,

corresponde a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, reintegren su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La decisión de la *A quo* de ordenar a las AFP's privadas, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculada 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**".*

En consecuencia, las condenas impuestas por la *A quo* no merecen ningún reproche. No obstante, se adicionarán los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar que la devolución de los gastos de administración, por parte de los fondos privados de pensiones, debe efectuarse de manera indexada. Lo anterior, para evitar una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar las posibles prestaciones pensionales de la demandante.

Finalmente, no opera la compensación requerida por el apoderado judicial de Porvenir S.A. respecto de los rendimientos financieros y gastos de administración. Ello, por cuanto la compensación se realiza entre obligaciones recíprocas. En este caso, el traslado de dichos conceptos, además de ser disimiles, se constituye en una obligación solamente de las entidades del RAIS, no de Colpensiones, ni de la demandante.

## **5. Respuesta al cuarto problema jurídico.**

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, de manera evidente, cobija a los conceptos que deben los fondos privados trasladar a Colpensiones en virtud a la declaratoria de ineficacia. Por tanto, se confirmará el fallo emitido en primer grado, frente a dicha determinación.

#### **6. 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 Protección S.A. y Porvenir S.A., y en favor de la actora. No hay lugar a imponer costas en contra de Colpensiones, dada la prosperidad parcial de la alzada.

### **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** los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia No. 283, apelada y consultada, en el sentido de **que el traslado a Colpensiones de los gastos de administración debe realizarse debidamente indexados.**

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

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las apelantes Protección S.A. y Porvenir S.A., y en favor de la actora. Las

agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
se judicializar  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Call-Vide  
**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)