



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de septiembre dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018-2020-00028-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Clara Beatriz Parra Tirado
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A. - Porvenir S.A. - Colfondos S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	263

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 las apoderadas judiciales de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, contra la sentencia No 269 emitida el 26 de noviembre 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 nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes pensionales con sus rendimientos financieros. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 01 PDF – Fls. 01 a 09).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 166 a 179 (Archivo 01 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que esa entidad no es la competente para declarar la nulidad de la afiliación y trasladar los aportes. Que no se puede ordenar el traslado cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “PRESCRIPCIÓN”, “LA INNOMINADA”, “BUENA FE”, “COMPENSACIÓN”* y la *“GENÉRICA”*

2.2. Protección S.A.

A través de memorial visible a folios 185 a 216 (Archivo 01 PDF). Se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que se brindó a la accionante información suficiente para que tomara una decisión libre, espontánea y sin presiones. Que a la fecha del traslado, los fondos privados no tenían la obligación de suministrar la información en los términos indicados por la actora. Formuló como excepciones de fondo 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”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR LOS VALORES DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES AL HABER SIDO TRASLADADOS A PORVENIR S.A.”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL*

SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO”, “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA”, “NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS”, “COMPENSACIÓN” y la “INNOMINADA O GENÉRICA”.

2.3. Porvenir S.A.

En escrito visible a folios 02 a 25 (Archivo 05 PDF). Se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, sin presiones o engaños. Que al suscribir el formulario de afiliación, conocía las implicaciones y efectos del traslado solicitado. Presentó como excepciones de fondo las de: *“PRESCRIPCIÓN”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD”, “COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* y la *“BUENA FE”*.

2.4. Colfondos S.A.

A través de memorial visible a folios 01 a 30 (Archivo 08 PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que a la demandante, se le brindó una asesoría suficiente, y que de manera libre y voluntaria decidió trasladarse al RAIS. Que la afiliación no se realizó bajo ningún vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de mérito, las de: *“VALIDEZ DE AFILIACIÓN A COLFONDOS S.A.” 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”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR LOS VALORES DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE LA DEMANDANTE A COLPENSIONES AL HABER SIDO TRASLADADOS”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA A NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO”, “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE*

EXPECTATIVA LEGITIMA”, “*NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS*”, “*COMPENSACIÓN*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 269 emitida el 26 de noviembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante en Colmena hoy Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. **Tercero**, condenar a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y las cuotas de administración. Ésta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio. **Cuarto**, condenó a Protección S.A. y a Colfondos S.A. a reintegrar los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, suma que deberá trasladar debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio. **Quinto**, ordenar a Colpensiones que acepte el traslado de la actora sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y que actualicen la historia laboral. **Sexto**, condenó en costas a Colpensiones, Protección S.A. Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. en favor de la actora. **Séptimo**, ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara y comprensible al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional. Que con el solo formulario no se demuestra la diligencia y cuidado. Que brilla por su ausencia la acreditación del deber de información Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado. Frente a la prescripción, indica que los estados jurídicos no prescriben.

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Manifiesta su oposición frente a la condena emitida por el pago de las costas. Se fundamenta en que la decisión fue producto de una conducta desplegada por un tercero ajeno a Colpensiones. Indica que se respondió de forma oportuna a la demandante la negativa de traslado, como quiera que fue presentada por fuera del término legal. Además, la actora ratificó su voluntad de trasladarse al RAIS con el formulario de afiliación. Finalmente señala, que no es la competente para declarar la nulidad o ineficacia entre un régimen, si bien es llamada para recibir los dineros, no es la responsable del acto.

4.2. Apelación Porvenir

4.2.1. Expresó que no hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia. Que Porvenir S.A. cumplió a cabalidad con el deber de información que le asistía para la época de afiliación de la demandante. Señala que se le proporcionó los elementos necesarios para que la actora realizara su afiliación de manera libre y voluntaria.

Agregó que el deber de información es de doble vía. Por tanto, si bien le atañía a Porvenir S.A. brindar una información, a la accionante, como consumidor financiero, le competía también informarse. Así entonces, no resulta procedente la declaratoria de ineficacia. El efecto jurídico de esta última figura, es entender que nunca nació a la vida jurídica. Por ello, se opone a la devolución de los **rendimientos**, toda vez que estos nunca se hubieran generado. Asimismo, se opone a la devolución de los **gastos de administración**, en virtud a que, primero, el acto de afiliación fue completamente válido, y segundo, no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C. que tratan sobre las consecuencias de las restituciones mutuas. Además, dichos conceptos tienen una destinación específica.

4.3. Apelación Colfondos S.A.

4.3.1. Solicita se revoque la sentencia frente a la condena por los gastos de administración. Se fundamenta en que son comisiones que cobran los fondos para administrar la cuenta de sus afiliados. Que se descuenta un porcentaje

para dichos gastos y el seguro previsional de acuerdo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Dice que el efecto de la nulidad y/o ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior. Por tal motivo, el contrato de afiliación nunca existió y Colfondos S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, y los rendimientos que produjo, no se generaron. Que de acuerdo con el artículo 1746 del código Civil, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejora en su rendimiento.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de Conclusión

5.1.1. Porvenir S.A:

Reitera que obró conforme al marco legal que regulaba el deber de información para la época en que la demandante se vinculó a dicha entidad. Que la actora nunca demostró ser incapaz al momento de la suscripción del formulario de afiliación, ni mucho menos que existieran vicios en el consentimiento. Se opone a trasladar los aportes, rendimientos, los gastos de administración y sumas de las aseguradoras a Colpensiones, pues la consecuencia de declararse la ineficacia sobre un acto jurídico, es entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica

5.1.2. Colfondos S.A:

Replicó argumentos similares a los señalados en su recurso de alzada. Indicó que no es procedente que se ordene la devolución de la comisión de administración, toda vez que ya se causaron; además, son descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

5.1.3. Parte demandante:

Indica que las AFP no cumplieron con el deber de información y buen consejo. Por tal motivo, solicita se confirme el fallo de primer grado.

5.1.4. Protección S.A:

Reitera argumentos similares a los esbozados en su contestación. Señala que la comisión de la administración es para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros. Que ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado. Que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, el contrato de afiliación nunca existió y por ende Protección S.A. no debió administrar los recursos y los rendimientos que ésta produjo, no se causaron.

5.1.5. Colpensiones

Dentro del término legal, guardó silencio para formular alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, así como a Protección S.A. y Colfondos S.A el traslado de gastos de administración?

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?

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 a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, 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 AFP 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.

Descendiendo al *sub lite*, de la historia laboral de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², Protección S.A.³, de los formularios de traslado al RAIS⁴, de la certificación de Asofondos⁵ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁶, se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 26 de junio de 1984 al 30 de septiembre de 1994.

- a. Según los formularios de vinculación o traslado, de las historias laborales de Colpensiones, Porvenir S.A., y de la certificación de Asofondos, el 05 de septiembre de 1994 la accionante se trasladó al RAIS a través de Colmena Cesantías y Pensiones hoy Protección S.A. La afiliación se efectuó el 01 de octubre de 1994 al 31 de marzo de 2000. En virtud de la cesión, ésta última entidad se convirtió en ING fondo de pensiones y cesantías. Por tanto, se trasladó a esa entidad, con fecha de inicio el 01 de abril de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2012. Posteriormente, se trasladó a Colfondos S.A. el 11 de julio de 2006 con fecha de inicio 01 de enero de 2007 hasta el 31 de mayo de 2010 Finalmente se trasladó a Porvenir S.A. el 15 de abril de 2010.

¹ Fls. 74 a 75 Y 180 a 184 Archivo 01 PDF y exp. Activo Archivos 03 y 04 PDF

² Fls. 77 a 80 Archivo 01 PDF y 45 a 53 Archivo 05 PDF

³ Fls. 220 a 227 Archivo 01 PDF

⁴ Fls. 81 a 83, 317, 244 Archivo 01 PDF, 29 Archivo 05 PDF y 32 Archivo 08 PDF

⁵ Fl. 143 Archivo 01 PDF, 26 a 27 Archivo 05 PDF y 31 Archivo 08 PDF

⁶ Fl. 40 a 44 Archivo 05 PDF

Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del **1° de junio de 2010**.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la promotora de la acción no se le brindó información clara, completa y contundente sobre los beneficios y las consecuencias que implicaría el traslado. No se le explicó sobre las modalidades del RAIS y las diferencias con las que se obtendría la pensión en el RPM; tampoco el derecho a retractarse.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. señaló que se brindó a la accionante información suficiente para que tomara una decisión libre de toda coacción. Se indicó las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Que el traslado fue realizado por la demandante de forma libre y sin presiones. (Fls. 02 a 25 Archivo 05 PDF).

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). A pesar de que se allegó certificado de traslado de régimen pensional y los formularios de traslado de AFP en el RAIS suscritos por la demandante, en los que se hacen constar que la escogencia de régimen fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Por 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 previsionales.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente 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”.

Por otra parte, 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.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros. Así como también los gastos de administración, primas y porcentaje destinado al Fondo de garantía de la pensión mínima. A Protección S.A. y a Colfondos S.A. le corresponden trasladar estos últimos conceptos por el período respectivo.

3.2 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

3.2.2 En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., Protección S.A. y a 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).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, 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.*

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, debe entenderse de manera general, como todas aquellas sumas adicionales que formaran parte de la cuenta individual del afiliado. Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

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 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.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Colpensiones, es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *A quo* a Colpensiones.

6. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., en favor de la actora.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

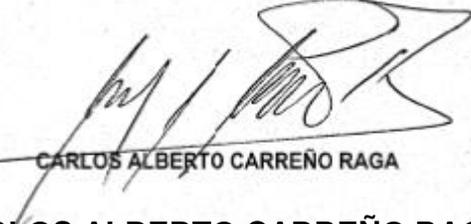
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Call-Vote
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)