



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-017- 2019-00481-01
Juzgado de primera instancia:	Diecisiete Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Juan Antonio Gudziol Vidal
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Colfondos S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Revoca parcialmente sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	290

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 del demandante y las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., contra la sentencia No. 031 emitida el 15 de marzo de 2021. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. y a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a las cuotas de administración, comisiones y seguros. Asimismo, que Porvenir S.A. traslade los aportes efectuados por el accionante, con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración, comisiones y seguros. Finalmente, solicita el pago de costas procesales y lo ultra y extra petita (Páginas 90 a 118 y 124 a 126 – Archivo 01Expediente — PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Contestó la demanda mediante escrito visible a páginas 148 a 153 *ibidem* y 1 a 3 (Archivo 05 – PDF). Se opone a las pretensiones del introductorio. Aludió que, la parte activa no logró si quiera “*inferir*” la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento. Precisó que, no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo de conformidad con los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 3800 de 2003. Propuso las excepciones de fondo de: “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD*” y la “*INNOMINADA O GENÉRICA*”.

2.2. Protección S.A.

En memorial obrante a páginas 196 a 219 (Archivo 01 — PDF), se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que, no existió omisión por parte de esa AFP, al momento de entregar al accionante toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado entre administradoras. Por tanto, ese fondo privado actuó de manera profesional, transparente y prudente, decidiendo el actor su traslado de manera libre y espontánea. Formuló como excepciones de mérito, las 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*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, entre otras.

2.3. Porvenir S.A.

En escrito visible a páginas 230 a 248 (Archivo 01 — PDF) y 1 a 3 (Archivo 06 — PDF), se opone a las pretensiones del introductorio. Expresa que, no se demostró la ineficacia que invalide la afiliación voluntaria del demandante en el RAIS. Señalo que esa AFP, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información. Propuso 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 “*BUENA FE*”.

2.4. Colfondos S.A.

Contestó la demanda mediante memorial visible a páginas 2 a 31 (Archivo 07 – PDF). Se opone a las pretensiones del introductorio. Argumentó que, no existió omisión por parte de esa AFP, al momento de entregar al actor toda la información que éste requería para que tomara una decisión referente al traslado de régimen pensional, actuando de manera profesional, transparente y prudente. Éste decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen pensional y no por la presunta falta de información. Impetró como medios exceptivos de fondo, los de: “*VALIDEZ DE AFILIACIÓN A PROTECCIÓN S.A.*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARAR LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA*”, “*PRESCRIPCIÓN*”, “*INEXISTENCIA DE ENGAÑO Y DE EXPECTATIVA LEGITIMA*”, entre otros.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia No. 031 emitida el 15 de marzo de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva. **Segundo**, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, efectuada en el año 1995 y posteriores traslados horizontales, retornando en consecuencia, al RPM. **Tercero**, condenó a Porvenir S.A., a transferir a Colpensiones, el saldo total de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración, este último rubro con cargo al patrimonio presupuesto de Porvenir S.A., y por todo el tiempo que estuvo vinculado el demandante con esta entidad. Ordenó que Protección S.A., y Colfondos S.A., trasladen lo correspondiente a los gastos de administración, que se generaron por la vinculación del demandante con esas entidades por todo el tiempo que perduró tal nexo, particularmente en el caso de Protección S.A., lo que incluye el período de afiliación de las obligaciones que hoy en día con las entidades con las que desaparecieron o las que se fusionaron con ella. **Cuarto**, ordenó a Colpensiones a recibir la afiliación al RPM del actor, junto con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual. **Quinto**, absolvió a esa última autoridad de las costas procesales. **Sexto**, condenó a los fondos privados en costas del proceso.

3.2. Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, dentro del proceso no se demostró por parte de los fondos privados, haber cumplido con el deber de información con el actor para el traslado de régimen pensional. Dicha obligación no se acredita con la sola suscripción del formulario de afiliación. Lo anterior, genera como consecuencia, la ineficacia del traslado.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, los apoderados judiciales del demandante y las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación demandante.

Requirió se condene en costas procesales de primer grado a Colpensiones. Ello, por cuanto al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio y formuló excepciones. Por ende, al tenor del artículo 365 del C.G.P., deviene procedente la condena por tal concepto.

4.2. Apelación Colpensiones.

Manifestó que, el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional. Ello, por cuanto le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión vejez. Asimismo, con las pruebas que obran en el expediente, no se logró demostrar que el contrato de afiliación inicial que suscribió el actor en el RAIS, carezca de legalidad o validez jurídica. No se puede predicar ilegalidad o ineficacia de un negocio jurídico en relación con las diferencias prestacionales de los dos regímenes pensionales. Éstas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. No puede el accionante negar que las conoce por la expectativa de una pensión mayor en el RPM. Tampoco se puede negar su voluntad libre y espontánea al momento de trasladarse al RAIS.

Por otro lado, señaló que, aceptar al demandante ad portas de pensionarse en Colpensiones, significaría atentar contra la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional. Dicha AFP no ha administrado los aportes del accionante para los riesgos de vejez, invalidez y sobrevivencia.

4.3. Apelación Porvenir S.A.

Recalcó que, esa AFP si cumplió con el deber de información, que le era exigible en el año en que el actor suscribió el formulario de afiliación con ese fondo privado. Le brindó información acerca de las condiciones, beneficios, características y limitaciones del RAIS, como del Sistema General de Pensiones, lo cual, le permitió al demandante afiliarse válidamente a esa AFP. Dicho acto, surtió plenos efectos jurídicos. En todo caso, dicha administradora no se encuentra obligada a cumplir con un deber o parámetros de información que no estaban vigentes al momento de la afiliación. Para esa época, el fondo privado no estaba obligado a brindar un

buen consejo o informar más allá del deber que era exigible en su momento. Al exigirse a dicha AFP, brindar una información que surge con posterioridad al acto de afiliación, se le pone en una indefensión probatoria. La única constancia que debía quedar de la asesoría, era el formulario de afiliación.

De otro lado, arguyó que el deber de información es de doble vía. No se puede eximir al promotor de la acción de su obligación de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación. Como consumidor financiero, debe actuar con la debida diligencia y cuidado para informarse debidamente. Agregó que, el actor efectuó múltiples traslados entre AFP's del RAIS, siendo que en virtud a la sentencia SL3752 de 2020, estos actos demuestran el querer de los afiliados a continuar en ese régimen y presuponen cierto conocimiento del funcionamiento del RAIS.

Finalmente, se opone a la condena por rendimientos financieros, toda vez que, si se entiende que se debe retrotraer las cosas a su estado anterior, no habría lugar a retornar dichos conceptos técnicos que no hubieran existido. Asimismo, frente a la devolución por gastos de administración, por cuanto, no se acompasa con los artículos 1746 y 1747 del C.C. frente a la restituciones mutuas. Estos además, tienen una destinación específica en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, siendo que ya no se encuentran en poder de esa AFP. Dicha administradora no incurrió en falta de derecho y actuó de buena fe, sin que deba ver afectado su patrimonio propio.

4.4. Apelación Colfondos S.A. y Protección S.A.

Requiere se revoque la condena impuesta por gastos de administración. Indica que, dicho concepto se encuentra reglado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Estos rubros se descontaron en su momento con el propósito de financiar el Sistema de Pensiones en el RAIS. Máxime cuando son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado. Por tanto, se trata de comisiones ya causadas. En virtud al artículo 1746 del C.C., sobre las restituciones mutuas, el actor debería devolver los rendimientos financieros y la AFP los gastos de administración.

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. Colpensiones:

Resaltó que, el actor no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales coexistentes. Éste no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Además le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez. Tampoco se demostró que la afiliación en el RAIS, carezca de legalidad y validez jurídica. Solicitó no se la condene en costas.

5.1.2. Porvenir S.A.

Ratificó la posición adoptada desde la primera instancia. Mencionó que esa AFP cumplió con el deber de información. Manifestó la improcedencia del traslado de aportes, rendimientos y gastos de administración. También señaló que operó la prescripción de la acción de nulidad. En este contexto, insistió en que se revoque el fallo reprochado.

5.1.3. Colfondos S.A. y Protección S.A.

Manifestaron que no es procedente la devolución por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas. Dichos descuentos se realizaron conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración. Reiteró sus argumentos sobre restituciones mutuas.

5.1.4. La parte actora, guardó 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. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

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, bonos pensionales y los gastos de administración, así como los seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima?

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 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. Dicha decisión no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

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 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 el fondo el que está obligado 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 y Porvenir S.A.², los formularios de traslado entre AFP's³ y el Historial de Vinculaciones de Asofondos⁴, se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 28 de marzo de 1984 a noviembre de 1995.
- b. A pesar de que no se allegó el formulario de traslado de régimen pensional realizado por el actor en el año 1995, lo cierto es que en el libelo introductorio se aceptó que se trasladó al RAIS. Lo anterior, se ratifica con el Historial de Vinculaciones de Asofondos. De esa documental y los formularios de traslado de AFP dentro del régimen de ahorro individual, se extrae que: El 1° de diciembre de 1995, el demandante solicitó traslado de régimen pensional a Colfondos S.A., efectivo a partir del 1° de enero de 1996. Luego, se trasladó a Santander Pensiones y Cesantías S.A., efectivo desde el 1° de octubre de 2000. Dicha AFP fue absorbida por ING Pensiones y Cesantías S.A. y ulteriormente, fusionada con Protección S.A. Posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad del 1° de mayo de 2001, AFP donde viene efectuando sus aportes.

2.3.2. En la demanda, se argumenta que, al momento del traslado de régimen pensional, no se le explicó al demandante las condiciones de ese acto, ni mucho menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas. Así, incumplieron con el deber de proporcionar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas que tendría el RAIS. Tampoco se lo ilustró sobre el derecho de retracto o la prohibición de retornar al RPM.

2.3.3. Por su parte, Colfondos S.A., recalcó que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar al accionante toda la información que

¹ Archivo 03 – PDF – Páginas 1 a 8.

² Archivo 01 – PDF – Páginas 9 a 23 y 254 a 273.

³ Archivo 01 – PDF – Páginas 222 y 274.

⁴ Archivo 01 – PDF – Página 250.

éste requería para que tomara una decisión referente al traslado de régimen pensional, actuando de manera profesional, transparente y prudente. Éste decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen pensional y no por la presunta falta de información.

2.3.4. Para la Sala, la mentada AFP convocada al litigio, no demostró que haya 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). Nótese, además, que ni siquiera se allegó al expediente por esa AFP, el formulario de traslado de régimen pensional suscitado en el año 1995, circunstancia que conllevaría a declarar la inexistencia del pluricitado traslado, no obstante, al haberse aceptado dicho suceso por la parte actora, resulta en todo caso, ineficaz. Máxime, cuando la suscripción del formulario de traslado, no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667 y SL3199 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, 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.

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 y que le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles al fondo privado. Al respecto, la Sala

de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”.

Frente al argumento, relativo a que, se exigió una información que para la data del traslado no estaba vigente, deviene señalar que, las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*.

También 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 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 último, advierte la Sala que la decisión de primer grado, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar el fondo privado a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró al actor la suficiente información para acogerse al RAIS.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

3.1. La respuesta es **positiva**. La AFP Porvenir S.A., debe trasladar a Colpensiones los valores que percibió por conceptos tales como

cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración. También los seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. A Colfondos S.A. y Protección S.A., les corresponde trasladar los gastos de administración por los períodos respectivos.

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 otras.

3.2.2. Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que el actor sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877-2020, radicación No. 78667 y SL4811-2020, radicación No. 68087, entre otros).

3.2.3. 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 al fondo privado, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360-2019, SL3199-2021).

En este punto, aclara la Sala que la decisión del *A quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración 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**”.*

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

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

5. Respuesta al cuarto problema jurídico

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la absolución de costas de primera instancia frente a 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 resultados 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. Por ende, se revocará la providencia recurrida, en el sentido de hacer extensiva dicha condena a Colpensiones, fijándose como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V.

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 las apelantes Colpensiones, Porvenir S.A., Protección 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a Colpensiones y en favor del actor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. y en favor del

demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salarios mínimos legales mensuales 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)