



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

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-018-2021-00138-01
Juzgado de primera instancia:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Rosa Elvira González González
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Protección S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	359

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, Porvenir S.A. y Protección S.A., contra la sentencia No. 188 emitida el 15 de Junio 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 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. y a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones, los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas. Requiere se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por esa entidad (Archivo 01 – Páginas 6 a 23 – PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones.

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a páginas 8 a 17 (Archivo 12 PDF). Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Aludió que, el traslado que realizó el accionante al RAIS, goza de plena validez como quiera que se efectuó de manera libre y voluntaria. 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 *“GENÉRICA”*.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a páginas 2 a 25, se opuso al *petitum* demandatorio (Archivo 11 PDF). Indicó que no incumplió con ningún deber profesional por cuanto al momento de la afiliación, a la demandante se le proporcionó información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes. Agrega que la información proporcionada siempre se ciñó a lo legal y con base en esta, la señora Rosa Elvira Gonzalez Gonzalez tomó la decisión libre y voluntaria de afiliarse a través del formulario de vinculación; que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación. Formuló como excepciones de mérito, 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”*.

2.3. Protección S.A.

En escrito visible a páginas 2 a 30, se opone a las pretensiones del introductorio (Archivo 04 PDF). Expresó que las AFP capacitan debidamente a sus asesores comerciales antes que sean autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administra, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada; que no existió omisión alguna por parte de Protección al momento de entregar a la actora toda la información que requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del traslado de régimen pensional del de prima media administrado por COLPENSIONES. Agrega, que fue la misma actora quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado entre administradoras y no por la presunta falta de información por los funcionarios de PROTECCIÓN S.A., como se puede observar en el formulario de vinculación No. 6233870 del 30 de abril de 2003, en el cual expresó su voluntad de selección y afiliación.

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”*, *“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”* entre otros.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No. 188 del 15 de Junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas las excepciones de mérito

propuestas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, realizado por la demandante y los traslados posteriores a ING hoy PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, ordenó a la Porvenir S.A., devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios si lo hubiera, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, prevista en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada con cargo a su propio peculio., por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **Cuarto**, condenó a Protección S.A., a devolver al sistema el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **Quinto**, ordenó a Colpensiones a admitir al actor en el RPM, sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral de la demandante. **Sexto**, condenó en costas a las AFP accionadas y en favor de la accionante.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, dentro del proceso no se demostró por parte de los fondos privados, para el acto de traslado de régimen pensional, su deber de informar de forma clara, completa y transparente a la accionante, lo necesario a fin de tomar una decisión tan importante, como lo era al fondo que debía afiliarse y el futuro de su derecho pensional; no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de los asesores del fondo de pensiones del sector privado. Tampoco se acredita que se hubiere suministrado 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 del traslado inicial de régimen pensional. Y finaliza advirtiendo que en el caso no es procedente decretar la prescripción

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Colpensiones.

Presentó recurso de apelación de forma parcial, y manifestó que Colpensiones no participó en el acto que se declara nulo e ineficaz y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la administradora del régimen de prima media; que no hay lugar a disponer el traslado del régimen por cuanto la actora presentó su petición por fuera del término legal establecido. Agrega que Colpensiones no es la generadora de los actos de la presente acción. Finaliza solicitando se revoque el numeral quinto de la sentencia No. 188 y se absuelva a COLPENSIONES de las costas impuestas y agencias en derecho.

4.2. Apelación Porvenir S.A.

Recalcó que ese fondo privado si cumplió con el deber de información que le era exigible en el año en que la actora suscribió el formulario de afiliación documento que es prueba de la libertad de afiliación de la accionante; que no puede probarse por acción u omisión una declaratoria de ineficacia, más, cuando se presenta la petición, una vez la actora está pronta a cumplir los requisitos para pensionarse. Advierte que el acto de afiliación ya se encuentra prescrito.

La consecuencia de declarar la ineficacia sobre un acto jurídico, conlleva a entender que nunca nació a la vida jurídica. Por ende, no procede la devolución de los **rendimientos financieros**. Los valores de la cuenta nunca le generaron rendimientos por cuanto no fueron administrados por las AFP. Asimismo, se opone a la devolución de los **gastos de administración y primas de seguro**. Ello, en virtud a que el acto de afiliación fue completamente válido y no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C. sobre restituciones mutuas. No es posible ordenar devolver un bien, esto es los aportes y al mismo tiempo,

obligarla a devolver las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo. Además dichos gastos de administración y primas de seguro tienen una destinación específica. Tampoco se aviene procedente devolver las **sumas adicionales de la aseguradora de manera indexada**. En consecuencia, requiere se absuelva a ese fondo privado de las pretensiones de la demanda.

4.3. Apelación Protección S.A.

Arguyó que presenta recurso de apelación contra el numeral cuarto de la sentencia, aduciendo que frente a los gastos de administración, no cabría esa imposición de condena por cuanto los mismos 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 y el rendimiento de cada afiliado permitiendo su reinversión de manera que los afiliados vean los resultados de los rendimientos generados al acrecentar el monto de la cuenta de ahorro individual. Que no es procedente que se ordene esta devolución pues se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual y que si se aplicara como consecuencia de la ineficacia de la afiliación debe retrotraerse los efectos y Protección debe de devolver la comisión de administración y el afiliado debe de devolver los rendimientos que le produjo dicha cuenta de ahorro individual.

Por otra parte, se opuso a la devolución de la **comisión de administración**. Recalcó que ésta se encuentra ordenada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Protección S.A. efectuó los correspondientes descuentos y se trata de comisiones ya causadas. Advierte, que no es procedente que se ordene trasladar el monto del seguro provisional toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora, como tercero de buena fe. Adicionalmente, se debe tener en cuenta el artículo 1746 del C.C. que prevé las restituciones mutuas.

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:

La parte demandante no se pronunció dentro del término legal.

5.1.2. Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.:

Mediante escritos visibles a folio 7, archivo 05 PDF; folios 3 a 6, archivo 6 PDF y folios 3 a 4 Archivo 7 PDF (cuaderno Tribunal).

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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

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

de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Protección S.A. y Porvenir 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 y el Decreto 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones¹, Porvenir S.A.², Protección S.A. antes ING³, los formularios de afiliación y traslado de régimen pensional⁴, y del historial de vinculaciones de Asofondos⁵, 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 Junio de 1986 al 16 de mayo de 2001. Ejecutando el traslado de régimen a Porvenir S.A., con fecha efectividad del 01 de Julio de 2001, de acuerdo solicitud de vinculación de fecha 16 de mayo de 2001⁶.
- b. Según el formulario de vinculación o traslado, el 30 de abril de 2003 realizó traslado el 30 de abril de 2003⁷ de Porvenir a ING hoy Protección, con fecha de efectividad 01 de Junio de 2003, para luego suscitarse un traslado a Porvenir S.A de ING hoy Protección el día 25 de abril de 2004⁸.

2.3.2. En la demanda se argumenta que, en el acto de vinculación de la actora al RAIS, no se le brindó ninguna asesoría. Se omitió el deber de información que tienen para con los afiliados frente las ventajas y desventajas de cada

¹ Archivo 12 – PDF – Páginas 18 a 23.

² Archivo 11 – PDF – Páginas 26 a 36, y 53 a 68.

³ Archivo 04 – PDF – Páginas 36 a 37.

⁴ Archivo 04 – PDF, página 33.

⁵ Archivo 11 – PDF – Página 69.

⁶ fl. 42 del Archivo 11 PDF

⁷ Fl. 33 Archivo 4 PDF

⁸ Fl. 43 Archivo 11 PDF

régimen pensional.

2.3.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. en su escrito de contestación, indica que la demandante al momento de trasladarse al RAIS, lo hizo de forma libre y espontánea. Recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. A su turno, Protección S.A., expresó que no existió omisión por parte de esa AFP al momento de entregar a la actora, toda la información que requería para tomar una decisión consiente y libre de toda coacción, frente al traslado de régimen pensional del RPM al RAIS.

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

Luego, tampoco son de recibo los reproches de las recurrentes concernientes a que, la afiliación de la promotora de la acción se mantuvo por varios años en el RAIS. Dicha circunstancia, *per se*, no pueden 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.

Nótese además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

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 debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. 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**. Porvenir S.A., debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguro y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. A Protección S.A. le corresponde trasladar los gastos de administración 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, SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, y SL4398 del 29 de septiembre de 2021, radicación 81342, en ésta última, además de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, la Alta Corporación dispuso que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad debía realizar la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

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., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 y SL4398

del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342).

La decisión de la *A quo* de ordenar a los fondos privados demandados, la devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. En providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, **las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones**”.*

3.2.3. Respecto a las **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses, la mentada Corporación en providencia SL4435 de veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), Radicación n.º 85965, indicó: “Por otro lado, conforme lo expuesto en el fallo CSJ SL3199-2021, se modificará el primer proveído, en el sentido de precisar que Porvenir S. A. deberá devolver a Colpensiones, lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, los bonos pensionales y **sumas adicionales** con los rendimientos que hubiera causado, así como «*lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que [aquella] permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*». Por tanto, se aviene procedente el traslado de dicho concepto.

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, SL2611-2020 y SL4398 del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación 81342, 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. Por ende, habrá de confirmarse la condena en costas impuesta por la *A quo*.

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 Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, y en favor de la actora.

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: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vice
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
(Aclaración de voto)


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