

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JUAN JULIAN FERNANDEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2020-00146-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 138

Santiago de Cali, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°006 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por las DEMANDADAS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 114 del 01 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **DANIELA VARELA BARRERA** identificada con T.P. No. 324.520 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en archivo 01 demanda, folios 4 a 16 Archivo 11 contestación Colpensiones; folios 3 a 28 Archivo 13 contestación Colfondos, folios 1 a 64 archivo 14 contestación Protección; 2 a 15 archivo 17 contestación Skandia y folio 43 a 71 contestación Porvenir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 114 del 01 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y como consecuencia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el accionante al RAIS y sus posteriores traslados.

Acto seguido, ordenó a PROTECCIÓN S.A que una vez ejecutoriada la providencia transfiera a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de

la aseguradora con todos su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración estas últimas indexadas.

Igualmente, condenó a PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES los valores recibidos por gastos de administración durante el periodo que administraron los dineros de la cuenta de ahorro individual de actor.

En igual sentido, le impuso a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES la obligación de vincular válidamente en el RPMPD al demandante y absolvió a los demandados de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

Por último, condenó en costas a las demandadas, estableciendo como agencias en derecho para PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN la suma de \$500.000, para SKANDIA \$1.000.000 y para COLPENSIONES \$100.000.

Para arribar a esta conclusión, el juez de primer grado expresó que, es procedente la declaratoria de nulidad de la afiliación realizada por el accionante al RAIS, en tanto la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia ha indicado que les corresponde a los fondos de pensiones demostrar que cumplieron con la asesoría debida, circunstancia que no se demuestra con la simple firma del formulario de afiliación y en el caso de autos no se aportó prueba que demuestre que el fondo cumplió con la diligencia y cuidado al momento de asesorar al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación frente a la condena a devolver los gastos de administración, argumentando que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley, y opera para los dos regímenes pensionales, arguyó que no es procedente que se condene a su representada a reintegrar estas sumas, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros del afiliado.

En esa misma senda, refirió que las cuotas de administración son una contraprestación por la buena gestión que realizan los fondos de pensiones al administrar los dineros de los afiliados, y que en virtud del artículo 1746 del CC, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo los frutos y las mejoras de la AFP la comisión por gastos de administración y los frutos y mejora del afiliado, los rendimientos financieros; que por esa razón la AFP debe conservar esos rubros, en tanto hizo rentar el patrimonio del afiliado.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación alegando que el deber de información debe verificarse conforme a la normatividad vigente para la época del traslado, habida cuenta que la obligación que se le está imponiendo a su representada en la sentencia de primera instancia, resulta materialmente imposible, dado que se le está exigiendo el cumplimiento de unos requisitos que nacieron con posterioridad a la celebración del negocio jurídico y dichas normas no tienen efectos retroactivos.

Simultáneamente, precisó que el deber de información no es unilateral, que los usuarios del sistema gozan de capacidad jurídica conforme lo establece el artículo 1502 del CC y por tanto, deben informarse sobre las características del RAIS.

Por otro lado, expresó que no hay lugar a transferir la comisión por gastos de administración, en la medida que estos descuentos no tienen por finalidad consolidar el derecho pensional del afiliado, sino que fueron creados como una retribución por la gestión realizada por los fondos de pensiones, por ende al ordenar su devolución se estaría generando un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, ya que esta entidad desde 1995 no

administra las cotizaciones del demandante y a su vez un detrimento en el patrimonio de su prohijada, pues le está ordenando devolver con cargo a su propio peculio las sumas que utilizó para conservar e incrementar el patrimonio del afiliado.

La mandataria judicial de **COLPENSIONES** apeló la providencia dictada por el A *quo*, solicitando se revoque en su integridad, y en su lugar se absuelva a su prohijada de las pretensiones de la demanda, manifestó que el traslado realizado por el accionante tiene plena validez jurídica, por cuanto se realizó haciendo uso de la libre escogencia del régimen, además el demandante durante todo el tiempo que estuvo vinculado al RAIS no presentó ninguna inconformidad demostrando así su intención de querer permanecer en el régimen.

Aunado a ello, manifestó que para la fecha en que se presentó la demanda el demandante contaba con 59 años, situación que le impide trasladarse de régimen, en virtud de la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Por último, solicitó que se revoque la condena en costas, debido a que las circunstancias en las que se efectuó el traslado de régimen pensional son ajenas a su representada y la negativa afiliar nuevamente al demandante obedeció al estricto cumplimiento de las disposiciones legales.

A su turno, el apoderado de **SKANDIA** interpuso recurso de apelación señalando que la afiliación del demandante cumplió con las disposiciones de la época, dado que, para la data del primer traslado y la posterior afiliación con su patrocinada, no existía norma que obligara a las AFP a realizar proyecciones pensionales ni hacer comparativos entre un régimen y otro, puesto que esta obligación fue establecida por la jurisprudencia con posterioridad al traslado.

En ese orden, refirió que el formulario de afiliación debe entenderse como única prueba válida para demostrar que las AFP cumplieron con su deber de información, teniendo en cuenta que la obligación de los fondos de pensiones para la fecha del traslado era conservar el formulario de afiliación en el que constara el consentimiento del afiliado.

De igual manera, informó que no le es dable al demandante alegar ineficacia del traslado bajo el argumento que desconocía las características del RAIS, en la medida que dichas condiciones y características son propias del régimen de ahorro individual y se encuentran consagradas en la ley.

Respecto a la condena de devolver gastos de administración advirtió que estos emolumentos tienen por finalidad en el RAIS garantizar el capital ahorrado por los afiliados y así como la generación de beneficios económicos, que en atención a ello no es admisible ordenar la devolución de estos valores, por cuanto los rendimientos financieros se generaron por la buena gestión ejercida por la AFP y dichas sumas por disposición legal se cobran tanto en el RPMPD como en el RAIS, lo que significa que su devolución constituye un enriquecimiento sin causa en favor de terceros.

En lo no apelado se asume conocimiento en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 11 de mayo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de la parte DEMANDANTE y las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., como se advierte de los archivos 05, 06 y 07 y 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver estriba en determinar si se demostró en el plenario que PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Se procede entonces a resolver tales planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que el demandante estuvo afiliado al antiguo ISS hoy Colpensiones entre el 14 de mayo de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1994 (Archivo 13).
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN el 24 de noviembre de 1994, según se constata en el certificado de ASOFONDOS visible a folio 74 a 88 archivos 14 ED.
- (iii) Que el 03 de agosto de 2004 se afilió a la AFP SKANDIA y luego se trasladó a COLFONDOS S.A el 15 de febrero de 2005 (f 38 y 48 Archivo 03 ED).
- (iv) Que el 05 de agosto de 2009 se afilió a PORVENIR folio 65 archivo 03 y
- (v) Que posteriormente se vinculó nuevamente con AFP PROTECCIÓN el 01 de junio de 2016, fondo en el que se encuentra actualmente vinculada y tiene cotizadas 1151,14 semanas en toda su vida laboral (f. 21 y 22 a 31 Archivo 03 ED)
- (vi) Que el 21 de febrero de 2020 el hoy demandante Juan Julián Fernández solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad del traslado efectuado, petición denegada el 26 de febrero de 2020 por la accionada, bajo el argumento que por su edad existía un impedimento legal para trasladarse (f. 14 a 17 y 18 a 20 Archivo 03 ED)
- (vii) Que el 24 de febrero de 2020 el demandante elevó solicitud de reactivación de la afiliación a Colpensiones, solicitud que fue resuelta desfavorablemente en misiva del 25 de febrero de 2020, bajo el argumento que se encontraba válidamente afiliado a PROTECCIÓN y además le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (f. 66 a 68 y 69 a 71 Archivo 03).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorio, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a

ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir *«libre y voluntariamente»* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del

formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación del demandante, no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante a vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado muchos años al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir **el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento a los recursos del régimen de prima media.**

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A** con cargo de sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las **restituciones mutuas**, punto alegado en la apelación de la AFP, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la parte actora.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En este orden de ideas, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que el fondo privado está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (sentencia SL 4609 de 2021) habrá de adicionarse la sentencia recurrida para ordenar que **COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A** también traslade a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, debidamente indexados, correspondientes al periodo en que administraron los dineros del demandante.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de esta entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo **COLPENSIONES, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, 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: ADICIONAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la Sentencia No. 114 del 01 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **SKANDIA, COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** deben incluir el porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexado, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que administraron los dineros del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** están a cargo de **COLPENSIONES, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

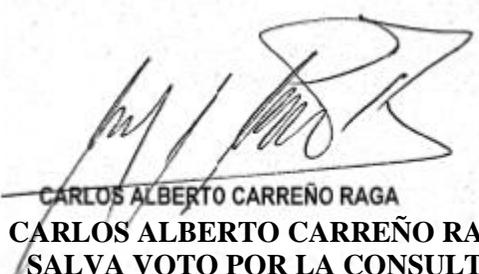
Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO POR LA CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JUAN JULIAN FERNANDEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2020-00146-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay

reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.

5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **06cd214b0c6803349f17e77cb620cab1b2698ffea6b4609de940bf9df7b6637**

Documento generado en 26/05/2022 03:16:20 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**