

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MANUEL MORA ORJUELA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.</b>
<b>LLAMADO EN GARANTÍA</b>	<b>MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-001-2020-00313-02</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>ADICIONA Y CONFIRMA</b>

**SENTENCIA No.168**

Santiago de Cali, treinta (30) de junio 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 DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 008 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 288 del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO identificada con T.P. No. 314.157 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

El señor **MANUEL MORA ORJUELA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.**2)** Que, en consecuencia, se ordene su retorno a **COLPENSIONES**. **3)** Así mismo, imponga a **SKANDIA S.A.** la devolución de todos los aportes realizados, los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos causados.

A través del Auto No. 061 del 18 de enero de 2021, se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f. 1 a 3 Archivo 17 ED).

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 la demanda visible a folios 2 a 19 Archivo 01, así como en las contestaciones militantes de folios 4 a 15 Archivo 11 ED (Colpensiones), 44 a 66 Archivo 13 ED (Porvenir S.A.) y 2 a 14 Archivo 14 ED (Skandia S.A.).

Es de recalcar que a través de auto No.061 y 724 del 18 de enero y 08 de marzo de 2021 respectivamente, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **COLFONDOS S.A.** y de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 17 y 27 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 288 del 26 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, ordenándole a **SKANDIA S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por el demandante, al igual que bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que estuvo afiliado a esta AFP debidamente indexados. A la par impuso también a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a devolver los gastos de administración con cargo a su patrimonio, por el periodo que administraron las cotizaciones del demandante debidamente indexados.

Por último, le impuso a **COLPENSIONES** el deber de aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales, absolviendo **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión, manifestó que de antaño la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el tema debatido, trayendo a modo de ilustración la Sentencia SL 1688 de 2019, en la que se aduce que desde su fundación las AFP tienen la obligación legal de garantizar al usuario, una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente, que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones disponibles en el mercado aquella que mejor se ajuste a sus intereses, indicando que esta asesoría hace referencia a una descripción amplia de las características y condiciones de cada régimen que le permitan al afiliado conocer las características, ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas que su traslado conllevaría.

De otro lado, señaló la Juez de Instancia, que es a la Administradora del Fondo de Pensiones del RAIS a la que le corresponde probar que, en efecto, brindó una adecuada información a su cliente, al ser ellas las que poseen el conocimiento sobre la materia.

En consecuencia, y después de analizar el caudal probatorio arrojado, concluyó que, si bien en el *sub judice* no había discusión en torno al traslado de régimen pensional efectuado por el señor MANUEL MORA ORJUELA al RAIS, no se avizoraba que las AFP convocadas a juicio hubiesen realizado la asesoría en los términos descritos por la Jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Luego, recalcó que, si bien en el asunto analizado no se pudo practicar el interrogatorio de parte solicitado al demandante, se procedió a imponer las sanciones pertinentes ante su inasistencia, no obstante, esto no desligaba a la AFP de la carga de probatoria que le correspondía, reiterando que no había dentro del legajo prueba de la se desprendiera una adecuada asesoría al afiliado.

De otro lado, y respecto al llamamiento en garantía, expresó que si bien entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **SKANDIA S.A.** se habían suscrito

varias pólizas para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia de los usuarios, no se advierte que los dineros que la primera posee sean parte del objeto social de la AFP, además que, al ser un contrato civil, era esta la vía para reclamar la devolución de dichos emolumentos.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presenta objeción frente a la condena en costas efectuada, aduciendo que si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, esto fue acatando su deber legal, que se le impone en razón del inicio del litigio por parte del demandante, recalcando además que en el caso analizado, no tuvo esta entidad participación alguna respecto al traslado que hoy se declara ineficaz, pues la asesoría brindada deviene de un tercero ajeno, sin que tenga esta administradora alguna responsabilidad frente a la decisión tomada por el actor, dado que no era **COLPENSIONES** la obligada a brindar una debida asesoría, ni mucho menos podía interferir en la decisión del traslado.

Por su parte, el apoderado de **SKANDIA S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando que no hay lugar a declarar la ineficacia a la afiliación surtida por parte del actor, teniendo en cuenta que no está demostrado dentro del proceso la presencia de error, fuerza o dolo en cabeza de las demandadas y que pudieran llevar a demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento, una falta de información o algún incumplimiento sobre las obligaciones legales para la fecha en que se surtió la afiliación.

Adicional a ello, sostuvo que ante la inasistencia injustificada del demandante y la imposición de las consecuencias jurídicas que en estos casos plasma la norma, si bien el Juzgado de conocimiento manifestó que aun así es carga de la AFP demostrar que cumplió con la debida asesoría, no puede perderse de vista que el interrogatorio de parte solicitado se encontraba destinado a que fuera el mismo demandante el que explicara las causas que dieron origen a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, debiendo tenerse por probadas las manifestaciones de las AFP demandadas en su escritos de contestación, y por ende tenerse como acreditado que el señor **MANUEL MORA ORJUELA** si conocía de todas las ventajas y desventajas en uno y otro régimen.

De otro lado, solicitó además la procedencia del llamamiento formulado, pues la contratación de los seguros previsionales son una obligación legal en ambos regímenes, siendo la aseguradora **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** la obligada a restituir estos emolumentos, en la medida que estos rubros ya fueron pagados de manera oportuna.

Finalmente, sostiene que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, toda vez que estos fueron descontados por autorización de la Ley y destinados al buen manejo de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, agregando que no se tiene tampoco acreditado que el actor hubiese hecho uso de la posibilidad de retracto, permaneció por mucho tiempo en el RAIS realizando incluso traslados horizontales y a la fecha se encuentra a menos de 10 años de cumplir requisitos para acceder a su pensión.

El mandatario judicial de **PORVENIR S.A.** sostiene que no existe obligación alguna para imponerle la obligación de trasladar los valores ordenados en primera instancia, en razón a una supuesta ausencia de información a la hora de su traslado de régimen, pues no existe dentro del ordenamiento norma que así lo contemple.

Luego, fue enfático en manifestar que el Despacho ignoró el acervo probatorio arrimado al expediente, siendo claro que el demandante no probó alguna circunstancia relacionada con los vicios del consentimiento y mucho menos una falla en el deber de información, por el contrario, está demostrado que se le brindó al actor una debida asesoría

en la cual le fueron enseñadas las ventajas y desventajas de su decisión de trasladarse al RAIS.

Acto seguido, también aduce que la inasistencia del demandante a instancias de resolver el interrogatorio de parte, conlleva a la imposición por parte del Juez de sancionar su conducta como un indicio grave en su contra, pues era la práctica de esta prueba, pertinente, idónea y suficiente para dilucidar las circunstancias del traslado.

Así mismo, señaló que, si se cumplió a cabalidad con el deber de información que le correspondía, teniendo en cuenta la normativa legal existente para la época del traslado del demandante, fecha para cual no se exigía a las AFP dejar constancia por escrito de la asesoría brindada, sin que ello conlleve a desnaturalizar lo comunicado al señor **MORA ORJUELA** o a decirse que la información suministrada no fue completa, transparente, veraz y/o oportuna.

Sostiene, además, que no puede pretenderse que la totalidad del deber de información recaiga en la entidad de seguridad social, pues también era deber del demandante indagar sobre las implicaciones de su traslado, ya que nada lo exime de su actuar en un tema con implicaciones tan importantes.

Añade, que del cúmulo de pruebas obrantes, se puede evidenciar varios actos de relacionamiento que dan cabida a entender el deseo del accionante de permanecer en el régimen de ahorro individual, como lo es el hecho de que dentro del mismo régimen se trasladó a diferentes AFP.

Por último, advierte que de mantenerse lo ordenado en primera instancia, debe revocarse la condena impuesta respecto a la devolución de los gastos de administración, ya que no resulta viable a la luz de la teoría de las restituciones mutuas, aunado al hecho que estos descuentos son de origen legal y tiene una destinación específica, como lo es la buena administración de los aportes del afiliado.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 11 de mayo del 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de SKANDIA S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y COLPENSIONES, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 07 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió 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 llamadas a juicio.

Asimismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, y, si hay lugar a la condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

## CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **MANUEL MORA ORJUELA** estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre el año de 1988 a 1994, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del 01 de julio de 1994, (Archivo 12 y f.67 Archivo 13).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, el actor se trasladó a la AFP **COLFONDOS S.A.**, luego a **HORIZONTE S.A.** hoy **PORVENIR** y posteriormente a **SKANDIA S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 67y 68 Archivo 13 ED y f.57 Archivo 14 ED).
- (iii) Que el demandante solicitó a **SKANDIA S.A.** el 2019 de noviembre de 2019, entre otras cosas, declarar la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual, petición resuelta desfavorablemente a través de comunicado del 10 de diciembre de esa misma anualidad (f.82 a 88 Archivo 14 ED).
- (iv) Que igualmente, el 26 de noviembre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPMPD; no obstante, a través de comunicación del 27 del mismo mes y año se negó tal solicitud (f. 131 a 133 archivo 01 ED).

### 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 obrantes en el expediente, primero no se allega, por parte de **PORVENIR S.A.** prueba del formulario de afiliación suscrito al momento del traslado al RAIS, del cual se pueda corroborar la información suministrada, y segundo, del suscrito por el actor a **HORIZONTE S.A.** y **SKANDIA S.A.** (f. 68 y 57 Archivos 13 y 14 ED), nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo 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 el afiliado 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 es a estos, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar 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 la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él 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.

Sea este el momento para pronunciarse sobre los argumentos expuestos por parte de los mandatarios judiciales de **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** en su recurso de alzada frente la inasistencia del demandante que impidió la práctica del interrogatorio de parte, siendo necesario hacer saber que, si bien el indicio considerado en contra del señor **MANUEL MORA ORJUELA** por su inasistencia al interrogatorio es una circunstancia que a la postre permite deducir la hipotética ocurrencia de otro supuesto, lo cierto es que la misma no tiene la contundencia para ser tratada como una confesión ficta, y en ese caso tener por ciertos los hechos consignados en defensa por cada una de las demandadas, como erradamente lo esgrimen.

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 al afiliado 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 al RAIS más de 25 años, 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 accionante 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, 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 **PORVENIR S.A.** entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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 la asegurada 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 la demandante, 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 **PORVENIR S.A.**, no existen razones jurídicas para que tanto la entidad citada, **COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.**, fondo pensional al que se encuentra afiliado en la actualidad el demandante no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por los apoderados de las AFP demandadas en sus respectivos recursos, constituiría un enriquecimiento sin causa para estas entidades, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor 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 económico al RPMPD.

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 **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.** con cargo de su propio peculio, 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.

De igual forma, en respuesta a las apelantes **SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, 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 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**, 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.

En este orden de ideas, habrá de adicionarse los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** que también trasladen a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio de manera indexada correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dichas AFP, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 4609 de 2021.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta 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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Por otra parte, respecto al llamamiento en garantía formulado por **SKANDIA S.A.**, es de recordar que al tenor del artículo 64 CGP, esta figura tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

En el caso de marras, **SKANDIA S.A** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, en virtud de la póliza No. 9201411900149 expedida el 28 de diciembre de 2011 y que se ha ido renovando, con el fin de amparar el pago de las sumas adicionales para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y muerte por riesgo común, vigente desde la fecha en comento (f. 59 a 65 Archivo 15 ED).

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, no hay motivos para proferir condena en contra de la aseguradora, todo porque los límites contractuales son claros, es decir, se ciernen exclusivamente a que la entidad de seguros concorra a cubrir el pago de la suma adicional requerida para financiar prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las cuales ni siquiera son materia de debate en el actual asunto, dado que la controversia gravitó en verificar la ineficacia del traslado del actor, suceso que ninguna relación tiene con el objeto del contrato con esta entidad, con la suscripción de la póliza, al no haberse causado el riesgo para el cual se contrató la misma, de modo que de cara a la disyuntiva surgida es un tercero de buena fe a quien no le son oponibles los efectos la decisión asumida en sede judicial, motivos por los que habrá de mantenerse la decisión inicial.

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 entienden los apoderados de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) 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** los numerales TERCERO y CUARTO de la parte resolutive de la sentencia No. 288 del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** debe incluir el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio debidamente indexado.
- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio debidamente indexado, correspondientes al periodo en que el señor **MANUEL MORA ROJUELA** estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo a su propio patrimonio debidamente indexado.

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

**TERCERO:** Las **COSTAS** están a cargo de **COLPENSIONES, SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

Los Magistrados,

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

*SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA*  
*Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012*

Firma digitalizada para  
act. judicial



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA**

## 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: **d7e7f0620513d2161345ad084f478eb7b3175eae5455c99bc1247f38499fd89b**

Documento generado en 29/06/2022 03:03:15 PM

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