

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES
DEMANDADOS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
LLAMADA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2021-00454-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No.235

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°009 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR. S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, respecto de la sentencia No. 001 del 24 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **DANNA ARBOLEDA AGUIRRE** identificada con T.P. No. 347.700 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD, y que **PORVENIR S.A.** devuelva todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, los rendimientos financieros y gastos de administración, solicitando también que **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, trasladen los gastos de administración **3)** Por último, solicitó condenar a las demandadas al pago de las costas procesales.

A través del Auto No. 3019 del 26 de noviembre de 2021, se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 16 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 y su subsanación visible a folios 1 a 23 y 2 a 24 Archivos 03 y 06 ED, así como en las contestaciones a la demanda militantes a folios 2 a 15 Archivo 09 ED (Skandia S.A.), folios 2 a 12 Archivo 11 (Colpensiones), folios 2 a 35 Archivo 12 ED (Porvenir S.A.), folios 2 a 39 Archivo 13 ED (Protección), y folios 3 a 23 Archivo 17 ED (Mapfre).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 001 del 24 de enero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante, en primer lugar, a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, como si nunca hubiese ocurrido el traslado, habiendo permanecido siempre en el RPMPD.

En consecuencia, ordenó a dichas entidades devolver a **COLPENSIONES** “(...) todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. (...)”. Finalmente, condenó en costas a **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV y a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, la cifra equivalente a dos (2) SMLMV.

De igual manera, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía formulado por **SKANDIA S.A.**

Fundamentó su decisión en que, de acuerdo con lo señalado en la Jurisprudencia Especializada Laboral en sentencia como la identificada con radica No. 87078 de 2021, las AFP del RAIS tienen la obligación de brindar a las personas una información clara, completa y comprensible al momento del traslado desde el RPMPD, indicando no solo los beneficios, sino también las desventajas de trasladarse, pues se trata de una decisión trascendental que en algunos casos puede incidir en el derecho pensional. En ese sentido, expresó que el precedente jurisprudencial también ha dejado claro que la carga de demostrar la información otorgada al usuario atañe a los fondos, por cuanto su responsabilidad es profesional conforme los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, y en ese caso, la suscripción del formulario a las administradoras del RAIS demandadas no da cuenta de un nivel de información, o la existencia de un consentimiento informado en los términos del Decreto 693 de 1993.

Bajo tal panorama, consideró que en el asunto estudiado no hay prueba de que las AFP accionadas le hubiesen informado las ventajas y desventajas del RAIS, en comparación con el fondo público alterno administrado por **COLPENSIONES**, como tampoco haberle indicado las exigencias requeridas para pensionarse, la distribución de los aportes, la rentabilidad, la posibilidad de retractarse o asesorías posteriores, sumado a que toda la información brindada fue sobre los fondos privados, circunstancias de las que puede deducirse que el traslado no cumplió con el deber de información debida y transparente. Indicó que la misma jurisprudencia ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que se hagan entre fondos del mismo régimen de ahorro (SL1004-2021). Así las cosas, concluyó que conforme lo establecido en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, era procedente dejar sin efectos el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS.

En relación con el llamamiento efectuado por **SKANDIA S.A.** a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, explicó que no había mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, pues las consecuencias de la falta de información de esta no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, aunado a que el amparo del contrato de seguros se cierra al pago de una suma adicional que se requiriera con el objetivo de financiar una eventual pensión de invalidez o sobrevivencia, riesgos en los que no se cuenta la ineficacia del traslado estudiada.

Frente a la excepción de prescripción, adujo que, conforme al precedente jurisprudencial, se ha determinado que los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo la declaración de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, en síntesis, que el traslado del señor **RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES** en el año de 1994 al RAIS, fue una decisión individual, voluntaria y autónoma, que se dio de manera libre y sin presiones, debiéndose tener como un traslado válido. Así mismo, fue enfática en manifestar, que el actor ha permanecido por más de 20 años en el régimen de ahorro individual, vinculándose a cuatro (4) distintas entidades, teniendo un tiempo más que suficiente para obtener la asesoría legal correspondiente, indicando entonces, que son estas entidades las encargadas de reconocer las prestaciones a las que haya lugar.

Aunado a lo anterior, sostiene que a la fecha el demandante ya ha reunido los requisitos para acceder a las prestaciones legales a las que tiene derecho, siendo imposible ordenar su retorno al RPMPD, ya que con esta decisión se afectarían derechos de otras personas, entidades o relaciones jurídicas, y, en consecuencia, derechos y/o obligaciones de terceros y al sistema en su conjunto.

Finalmente, se duele de la condena en costas impuesta, expresando que su concurrencia al proceso se da fruto del proceso iniciado por el accionante, debiéndose tener en cuenta también, que **COLPENSIONES** no hizo parte de la decisión que tomó el señor **SEGRERA INSIGNARES** de trasladarse al RAIS.

A su turno, la mandataria de **SKANDIA S.A.** apuntó su recurso a la orden dada para devolver los valores que poseen como consecuencia de la afiliación del demandante a este fondo pensional, especialmente lo concerniente a los gastos de administración.

Para ello, adujo que la entidad actuó siempre bajo los lineamientos establecidos en la Ley 100 de 1993, normativa que permite el descuento de este tipo de erogaciones y que se encuentran destinadas a retribuir la buena gestión en la administración de los recursos aportados por cada afiliado, recalcando que son de orden legal.

En igual sentido, señala que, al ordenarse la devolución de estos valores, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**, entidad que hace más de 20 años no realiza ninguna gestión de administración de los aportes del señor **RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES**., generando un detrimento patrimonial para su defendida.

Así mismo, presenta inconformidad con la devolución de las primas de seguro previsional, expresando que estos dineros ya no están en las arcas de la AFP, pues fueron invertidos y pagados a la aseguradora con la que se contrató el amparo de los riesgos de invalidez y sobrevivencia. En esa senda, solicita sea estudiado el llamamiento en garantía,

para que, en caso de ser confirmada la decisión, sea esta entidad la encargada de retornar los valores por este concepto.

A su turno, el apoderado de **PORVENIR S.A.** señaló que no era viable declarar la ineficacia de traslado deprecada, teniendo en cuenta que estaba demostrado que el demandante recibió la debida asesoría al momento de su decisión tanto por parte de **PROTECCIÓN** como por la entidad a la que ahora defiende.

Acto seguido, adujo que para la fecha en que se produjo tal situación, no existía la obligación legal para las AFP de dejar constancias escritas, advirtiendo que, por el hecho de haberse dado la asesoría de manera verbal, pueda decirse que faltó al deber legal de información, señalando que es **PORVENIR S.A** el fondo de pensiones quien deba asumir el reconocimiento de las prestaciones cuando el actor radique la solicitud.

Luego, expresó que no era viable mantener la orden de devolver los valores por concepto de bonos pensionales, pues a la fecha no se había causado dicha erogación ya que no se ha reconocido prestación alguna. Así mismo, muestra su inconformismo con el traslado de las sumas adicionales, aludiendo que solo se causan al momento de ocurrencia de los siniestros de invalidez o sobrevivencia.

De otro lado, señaló que las sumas por concepto de frutos, intereses y rendimientos, tampoco debían ser reintegradas al RPMPD, pues al declararse la ineficacia cuestionada, se debe entender que estas erogaciones nunca existieron. En cuanto a los gastos de administración, manifestó que fueron descontados con autorización de la ley, y al devolverse generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES** y el actor.

Igualmente, sostiene que lo causado por concepto de porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, es una figura que solo existe en el RAIS, por lo que tampoco había lugar a ordenar su devolución, indicando que el Juez de Instancia no tomó en cuenta lo consagrado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, que instituye que, al momento de efectuarse el traslado de régimen, los únicos valores a reintegrar son las cotizaciones y rendimientos.

Por último, menciona que la acción iniciada se encuentra prescrita, pues lo debatido no versa sobre el reconocimiento de una pensión de vejez sino sobre la intención de trasladarse de régimen y por ende no puede entenderse que sea imprescriptible.

La apoderada de **PROTECCIÓN** solicita sea revocada la condena impuesta a su representada por concepto de gastos de administración, pues esta comisión se cobra como contraprestación a la buena gestión en el manejo de los dineros que ingresan a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, descontando un 3% de la cotización realizada por el usuario, que además se destina para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, agregando que este descuento se encuentra autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 y opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, indicó que, si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva a su estado normal o anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende no debió esta entidad administrar los recursos de la cuenta y los rendimientos que produjo no se causaron, y mucho menos debió cobrarse una comisión de administración.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 235 del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, los que pueden ser consultados en los archivos 04, 05 y 06 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 **PROTECCIÓN S.A. PORVENIR Y SKANDIA** cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado o afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las demás administradoras demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados. Por último, la Sala estudiará si hay lugar a imponer condena en contra de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A** y se estudiara la condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones ente los años 1992 y 1994, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.** el 09 de mayo de 1994 (f. 2 a 5 Archivo 15 ED y f. 40 Archivo 13 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, el señor **LUIS MARIO SEGRERA INSIGNARES** se trasladó el 11 de marzo de 1999 a **DAVIVIR PENSIONES y CESANTIAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 31 de enero de 2003 a **PORVENIR S.A.**, el 21 de mayo de 2009 a **SKANDIA S.A.** y posteriormente regresó el 27 de mayo de 2010 a **PORVENIR S.A.** entidad a la que encuentra afiliado en la actualidad (f. 42 Archivo 13 ED, f. 83 y 84 Archivo 12 ED y f. 18 Archivo 09 ED).
- (iii) Que el 13 de julio de 2021 el accionante solicitó a **COLPENSIONES**; la nulidad de su traslado al RAIS, petición negada por la entidad a través de comunicado del día 14 de del mismo mes y año (f. 10 a 13 y 61 a 62 Archivo 04 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 obligatorias, 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, primero no se cuenta con prueba del formulario de afiliación suscrito por el demandante con la **AFP PROTECCIÓN S.A.** con quien se surtió el traslado de régimen pensional inicial y de los firmados por el demandante a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** (f. 42, 83 A 84 y 18 Archivos 09, 12 y 13 ED), nada se indica respecto 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 la afiliada, 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).,

De ahí que no puede pretenderse, como lo insinúan los fondos apelantes en su recurso, 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 información brindada.

Adicionalmente, es importante poner de relieve que si bien el demandante en su interrogatorio (Min. 00:15:16 a 00:23:18 Archivo 27 ED), expuso haber suscrito el formulario de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, no puede considerar esta Sala a partir de tales manifestaciones, que el demandante conocía de las condiciones del RAIS, pues en contraste con ello, también señaló que no recibió mayor información sobre las desventajas de su afiliación, denotándose, entonces, la inexistencia de una voluntad debidamente ilustrada sobre todas las consecuencias de esta determinación, o al menos de ello no obra prueba en el expediente.

Resáltese que, 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 posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

En igual sentido, 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; 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, pues se reitera del interrogatorio de parte rendido no se logra extraer alguna confesión que perjudique al demandante.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase

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 para el afiliado.

Valga anotar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 25 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el señor **SEGRERA INSIGNARES** 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).

Ahora, conforme lo señalado por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, se precisa en relación con lo expuesto por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, que no se relleva la existencia de ninguna otra sentencia en la que se sostenga la tesis de los actos de relacionamiento dentro del RAIS para suponer cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, amén de proferirse en sala de descongestión, por lo que no se estima que comporte un cambio de posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema.

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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con el accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal 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 a 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 **PROTECCIÓN S.A.**, no existen razones jurídicas para que la citada, **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, entidad a la 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 del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al señor **RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES** 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.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de las apelaciones, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 las AFP **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículos 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, integrados allí 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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, pues pese a que, como lo señaló el apoderado de esta última AFP, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de **PROTECCIÓN** en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, y en respuesta a los apelantes 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).

Sobre las restituciones mutuas, 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 actora.

En este orden de ideas, como el presente asunto también se conoce en consulta en favor de la administradora del RPMPD, y en atención a que los fondos privados están 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 (sentencia SL 4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, que los valores a trasladar a **COLPENSIONES** por concepto de gastos de administración, primas de seguros provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima se devuelvan de manera indexada.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Por otra parte, en relación con el **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. 9201407000002 expedida el 2 de enero de 2007 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. 13 a 24 Archivo 10 ED).

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, que son suficientes los argumentos del Juez de primera instancia para despachar negativamente las petición de 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 de la actora, suceso que, además de haber sido muy anterior a la suscripción de la póliza descrita, no tiene porque afectar al contratante posterior, quien 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 dichas entidades.

Es por lo anterior que se adicionara la Sentencia de primera instancia en el aspecto descrito. Como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, se les impondrá costas en esta instancia, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las citadas.

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 **CUARTO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 001 del 24 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** lo recaudado por gastos de administración, los valores de las primas de seguros provisionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la Sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de, **COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de estas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

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

Firma digitalizada para
actuación judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR 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	RODOLFO MARIO SEGRERA INSIGNARES
DEMANDADOS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
LLAMADA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2021-00454-01
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: **ebfa48f52e8d29bd18c88178282657fe1fab78a3f7cb714778f79c2f06742376**

Documento generado en 27/07/2022 03:23:02 PM

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