REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**
LLAMADO EN GARANTÍA	**MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-011-2020-00015-01**
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen**.
DECISIÓN	**ADICIONA**

SENTENCIA No.254

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderado de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKNADIA S.A, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia No. 059 del 28 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado **CESAR AGUSTO VIVEROS** identificado con T.P. No. 354.370 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, CONFONDOS S.A, SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Se ordene su retorno automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES. 3)** Así mismo, deprecó imponer a **SKANDIA S.A.** la obligación de trasladar a la primera todos sus aportes, rendimientos y semanas cotizadas. **4)** Por último, reclamó condena en costas para las accionadas.

A través del Auto No. 2906 del 13 de noviembre de 2020, se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 11 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 184 a 229 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 241 a 246 Archivo 01 ED (Colpensiones), 265 a 299 Archivo 01 ED (Protección S.A.), 3 a 22 Archivo 08 ED (Skandia S.A), 2 a 22 Archivo 12 ED (Colfondos S.A) y 2 a 22 Archivo 14 ED (Mapfre).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 059 del 28 de marzo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **SKANDIA S.A. a** trasladar con destino a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados con ocasión del traslado de la señora **MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA.**

Acto seguido impuso a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y a SKANDIA S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** todas las comisiones y gastos de administración proporcional al tiempo en que la actora estuvo afiliada a estas entidades, entendiéndose válidamente afiliada al régimen de prima media. Por último, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA DE SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra en el escrito del llamamiento en garantía.

Como fundamento de su decisión, manifestó que la Ley radica en cabeza de las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, que surgen tanto en las etapas previas como preparatorias a la formalización de su afiliación a dicha entidad, razón por la cual la responsabilidad debe otorgarse a instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia en la materia.

Por lo anterior sostuvo el Juez de Instancia, que es por dichas particularidades que se ubica a las Administradoras de Pensiones en el campo de la responsabilidad profesional, toda vez que el servicio que prestan concierne al interés público desde la perspectiva de los artículos 48 y 335 superior, de ahí que, su actuar debe ser diligente, prudente y revestido de pericia, para así poder dar cabal cumplimiento a las obligaciones señaladas en la ley, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Bajo esa senda, señaló el *A quo* que las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador que, por ley debe ser experto, y un afiliado lego que, en cambio, no tiene esa obligación legal, indicando que al tratarse de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como lo es la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, hecho que genera a la administradora el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información e ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, esto con fundamento en la pacifica línea Jurisprudencial que ha adoptado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema debatido.

En ese sentido, consideró que, dentro del cúmulo de pruebas arrimadas al proceso, no se demostró por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la que se efectuó el traslado de régimen pensional que esta entidad le hubiere proporcionado a la accionante una información veraz y suficiente, donde le pusiera de presente los beneficios e inconvenientes, así como las consecuencias negativas de su traslado**,** es decir, no expuso situaciones relativas al disfrute de la pensión en uno y otro régimen, monto de la mesada, diferencia en el pago de aportes, entre otras, estando demostrado entonces un actuar falaz por parte de la AFP, advirtiendo que

de lo dicho en el interrogatorio de parte rendido por la demandante no se puede extraer que la administradora del RAIS hubiese actuado con suma diligencia y conforme al deber del buen consejo que líneas atrás se dejó explicado, lo que trae de suyo la declaratoria de ineficacia del traslado realizada por la señora **MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA** al RAIS.

Luego, frente al llamado en garantía manifestó que en el presente asunto no se estaba discutiendo si la parte activa tenía o no derecho al reconocimiento de una pensión sino simplemente estudiar el acto de vinculación o traslado al régimen de ahorro individual, en el cual se aclara nada tuvo que ver **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones incoadas en su contra.

Por último refirió, que los medios exceptivos propuestos no estaban llamados a prosperar, aludiendo frente a la excepción de prescripción formulada por las integrantes del extremo pasivo que tanto la esgrimida bajo los presupuestos del Código Civil para los actos jurídicos nulos, como la trienal que dispone el CPT y la SS no tienen asidero jurídico en el asunto bajo examen, toda vez que en casos como el estudiado no es aplicable la figura extintiva, por cuanto sus efectos se tornan regresivos a los principios de irrenunciabilidad y progresividad, propios del sistema de pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, pidiendo la revocatoria puntual de la orden tendiente a devolver lo relacionado con los gastos de administración, ya que considera las actuaciones de la entidad han estado ceñidas a la Constitución y la Ley, señalando que esta comisión por el manejo de los aportes obligatorios de los afiliados se da ante la buena administración de los fondos de pensiones de dicho capital, advirtiendo que son de consagración legal, hecho por el cual las AFP están autorizadas para cobrar ese porcentaje, advirtiendo que las mentadas comisiones ya se encuentran causadas.

De igual forma, hizo alusión al concepto de restituciones mutuas, aduciendo que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** debieron administrar los dineros de la demandante, los rendimientos no se causaron y tampoco debió cobrarse una cuota de administración. Aunado a ello, agrego que de ordenarse dicha devolución se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

Luego, se duele de la condena impuesta por concepto de costas del proceso, refiriendo que la declaración de ineficacia del traslado se dio con base en jurisprudencia que no existía para la época en que tuvo lugar el traslado y mucho menos norma alguna que se pueda aplicar al caso de marras, hecho por el cual las actuaciones de las hoy demandadas se enmarcaron bajo la buena fe y la Ley imperante para la época.

Por su parte la apoderada de **SKANDIA S.A**, se duele de la sentencia de primer grado, manifestando que no hay lugar a devolver los gastos de administración pues no es esto lo que contempla la norma aplicable para este tipo de casos, ya que los únicos valores a devolver serían los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y lo concerniente al fondo de garantía de pensión mínima.

En esa misma senda, refiere que de los gastos de administración se destina un porcentaje para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, dineros que son pagados a las diferentes compañías aseguradoras y que son las que poseen estos rubros, hecho por el cual de ordenarse reintegrar generarían un perjuicio económico, fiscal y financiero no solo para la entidad que representa sino también para el régimen de ahorro individual.

De otro lado, y en caso de que se llegue a ratificar lo decidido por el a quo, solicita se declare la prescripción sobre los gastos de administración.

Solicitó además y en caso de no prosperar dicho medio exceptivo, se tenga en cuenta la procedencia del llamamiento en garantía formulado y sea **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** la entidad encargada de devolver los gastos de administración en virtud del contrato suscrito, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta AFP.

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 julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de Mapfre, parte demandante y Colpensiones, los que pueden ser consultados en los archivos 04 a 06 el 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.** 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 la administradora del RAIS.

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. Por último, la Sala estudiará si es menester imponer condena en contra de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

(i) Que estando afiliada al ISS entidad a la que realizó cotizaciones entre octubre de 1992 y agosto de 1999, la señora **MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA** decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP DAVIVIR PENSIONES Y CENSANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de agosto de 1999, (f.7 a 13 y 307 Archivo 01 ED).

(ii) Que durante su afiliación al RAIS la actora se trasladó el 22 de diciembre del año 2000 a COLFONDOS S.A. y posteriormente el 20 de febrero de 2013 a SKANDIA S.A., entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f.14 y 15 Archivo 01 ED).

(iii) Que el 11 de septiembre de 2019 la actora solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, petición resuelta de manera negativa a través de oficio del día 13 del mismo mes y año (f. 28 a 31 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar 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 acarreaban 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 las 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, entre estas el formulario de afiliación de la demandante a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** entidad con la que se surtió inicialmente el traslado de régimen pensional (f. 13 Archivo 01 ED) y del suscrito posteriormente con **COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.** (f.14-15 Archivo 01 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 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 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). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada 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 a la posible afiliada, 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 ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúnese 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de su relato no se logra extraer confesión alguna que la perjudique.

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 a la usuaria 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 la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 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 la afiliada 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 **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, 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 2º 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 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 PROTECCIÓN S.A., no existen razones jurídicas para que tanto la entidad citada como COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos, contrario a lo argüido por el apoderado de las demandadas constituiría un enriquecimiento sin causa para estas entidades, 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 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 **PROTECCIÓN 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.

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 la afiliada, 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 publica 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 apelado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., 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, y en respuesta a las apelantes tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de las entidades, 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, en consonancia con la obligación de reintegrar al RPM todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la actora y como la decisión también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES** habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.** a que también trasladen a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada a dichas AFP, con cargo a su propio patrimonio y de manera indexada, tal como lo explico 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, 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. 9201411900140 expedida el 28 de diciembre de 2012, 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. 167 a 172 Archivo 08 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 concurra 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, y no tener por qué afectar al contratante posterior, tampoco tiene relación con el objeto de la póliza, al no haberse causado el riesgo para el cual se suscribió 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 **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.** 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.

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 **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la parte resolutiva de la Sentencia No. 059 del 28 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** deben incluir debidamente indexado el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio y por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas entidades.

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

TERCERO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) 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 HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**MARÍA EUGENIA OCHOA FONSECA**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**
LLAMADO EN GARANTÍA	**MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**
RADICADO	**76001-31-05-011-2020-00015-01**

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: **965fe127a24624b87b6c9ef2d9a3df10d317ebefc7c88473399b55e325658b7f**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:39 PM

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