

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GILBERTO JOSÉ GÓMEZ GRANADOS
DEMANDADO	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2020-00182-02
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Primera Afiliación
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA n°. 039

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés
(2023)

La Sala Primera de Decisión Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, como Magistrada Ponente, atendiendo lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la sentencia n°. 127 del 03 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ GILBERTO GÓMEZ GRANADOS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que por virtud de lo anterior, se ordene a **SKANDIA S.A.** trasladar con destino a **COLPENSIONES** los aportes y rendimientos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual. **3)** Así mismo, se disponga que la segunda acepte el traslado sin solución de continuidad. **4)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

A través del Auto n°. 940 del 18 de abril de 2022, se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 22 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 3 a 17 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 13 a 26 Archivo 07 ED (Colpensiones), 3 a 29 Archivo 10 (Porvenir S.A), 3 a 8 Archivo 12 ED (Colfondos S.A.), 3 a 22 Archivo 15 ED (Skandia S.A.) y 5 a 27 Archivo 23 ED (Mapfre).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia n° 127 del 03 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al RAIS inicialmente administrado por **COLFONDOS S.A.**, y, por consiguiente, las otras vinculaciones efectuadas a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** Ordenó a este último fondo pensional efectuar la devolución a **COLPENSIONES** de todos los dineros recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro.

De otro lado, dejó claro que las cuotas de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía y los porcentajes de

las primas de seguros y reaseguros deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada, valores que también impuso devolver a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** Por último, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones en su contra, dentro del llamamiento en garantía.

Como argumentos de su decisión, señaló el *A-quo* que conforme lo señalado en el ordinal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, las AFP en su condición de entidades expertas en el ramo, deben informar y asesorar a los afiliados de manera comprensible, acerca de las implicaciones de la elección de uno u otro régimen, para entender que el traslado obedece a una decisión libre, consciente e informada, obligación existente desde la misma creación de estos fondos, conforme lo ha adocinado la Jurisprudencia Especializada Laboral (SL1452-2019), desde donde se ha erigido que el deber de información es una obligación legal de las administradoras y un derecho de los afiliados, en virtud del cual debe dárseles a conocer los beneficios e inconvenientes del traslado, llegando al punto incluso de desanimar al candidato a afiliado, para evitarle una decisión perjudicial a sus intereses.

Así mismo, indicó que tal deber no se acredita con el formulario suscrito, por cuanto es necesario que la AFP demuestre efectivamente haber otorgado una información clara y veraz, carga que le corresponde, y que de no llegar a cumplirse, tiene como consecuencia la ineficacia de la afiliación según lo tiene establecido la misma legislación (Art. 271 Ley 100 de 1993), careciendo dicho acto de cualquier efecto jurídico, circunstancia que se estudia desde el régimen de las ineficacias, la cual opera por ministerio de la Ley, no es saneable y tampoco susceptible de prescribir (SL1688-2019).

Con base en lo anterior, consideró que en el presente asunto, ni siquiera sumariamente se logró demostrar el cumplimiento del deber de información en su sentido amplio, el que recaía sobre el extremo pasivo, en aras de probar que suministró una información clara, expresa y completa, concerniente a las implicaciones del traslado, lo cual permite inferir que no existió ese acompañamiento integral al demandante, dando lugar a la ineficacia del acto del traslado. Con respecto al llamamiento en garantía realizado por SKANDIA S.A. a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, adujo que no estaba llamado a prosperar, habida cuenta que esta última aseguradora no participó en el hecho generador de la ineficacia, pues el contrato suscrito con la AFP solo se encontraba

encaminado a cubrir una suma adicional en caso de tener que cubrir una pensión de invalidez o sobrevivencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** mostró su desacuerdo en punto a la condena en costas que le fue impuesta, alegando que esta entidad no participó en el acto declarado nulo o ineficaz, que derivó de la conducta de un tercero ajeno a la administradora del régimen de prima media, y si bien contestó de forma negativa el traslado pretendido en la demanda, ello se hizo con base en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse el accionante próximo a cumplir la edad de pensión para pensión de vejez.

Así mismo, expresó que, pese a que esta administradora de pensiones es llamada a juicio para recibir los dineros del traslado, no es responsable de los actos generadores, y no era competente para declarar la nulidad petitionada.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** mostró su desacuerdo contra la devolución de los gastos de administración, como quiera que esta es la comisión que cobran las AFP para administrar los aportes de los afiliados, descuento equivalente al 3% de la cotización realizada, de la cual también se paga lo correspondiente a la compañía de seguros, autorizada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, dijo no ser procedente esta devolución al tratarse de sumas ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta, como contraprestación a una buena gestión de la AFP, añadiendo que en casos como el ahora estudiado, solo procede la devolución de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos.

Así mismo, sostuvo que tampoco hay lugar a trasladar lo concerniente a las primas de seguros y reaseguros, pues es el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, el que impone el descuento de estos emolumentos, argumento con el que también se opone al reintegro de los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

La togada de **SKANDIA S.A.** también muestra su inconformismo frente a la orden de devolver lo concerniente a los gastos de administración, señalando que no existe dentro de la legislación aplicable norma que así lo obligue, agregando que el

porcentaje descontado por este concepto ha sido destinado en parte, para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, hecho que demuestra que estos dineros no están en poder de la AFP que representa.

De otro lado, alude que hay lugar a acceder al llamamiento en garantía propuesto en contra de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, condenando a esta entidad a devolver los concerniente a los gastos de administración, en el evento que se confirme la sentencia en ese sentido, pues de acuerdo con las pólizas suscritas fue a esta compañía que se giraron dichos valores para cubrir las primas de seguros previsionales.

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 n°. 034 del 23 de enero de 2023, se dispuso a dar traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, Mapfre S.A. y Porvenir S.A, en términos similares a la demanda, contestación y alzada, 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 para resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS 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.

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. Por último, la Sala estudiará si es menester imponer condena en contra de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, y, si hay lugar a exonerar a **COLPENSIONES** de la condena en costas

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 afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1987 y 1994, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 14 de septiembre de 1994 (f. 28 a 35 y 10 Archivos 07 y 12 ED).
- (ii) Que durante su permanencia en el RAIS, el señor **GILBERTO JOSÉ GÓMEZ GRANADOS** efectuó traslado a la AFP SKANDIA S.A. el 13 de octubre de 1999, posteriormente el 05 de septiembre de 2003 a PORVENIR S.A., regresando a SKANDIA S.A. el 09 de julio de 2004, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 23, 65 y 24 Archivos 15 y 10 ED).
- (iii) Que el 11 de marzo de 2020, el demandante solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPMPD, petición atendida de manera negativa por esta entidad en oficio de la misma fecha (f. 77 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el 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 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 encontraban 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 pudiese 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, especialmente el formulario de afiliación del demandante a **COLFONDOS S.A.** (f. 10 Archivo 12 ED), y de los suscritos por el actor a **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** (f. 112-113 y 65 Archivos 15 y 10 ED), nada se indica respecto de las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD 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 débito 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).

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, como instituciones profesionales especializadas en el mercado pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

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, la AFP mencionada se hallaba en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios disponibles a su alcance; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la omisión de un despliegue probatorio mínimo por 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, que no se satisfizo incluso con el interrogatorio de parte realizado al demandante, dado que de su relato no se logra extraer confesión alguna que lo perjudique.

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 implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el afiliado al régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el aspirante cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la 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.

Valga anotar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la demandada, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el demandante 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 re asesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, cuando advierte que las promesas que le 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, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS 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 deviene en 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 con 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 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 **COLFONDOS S.A.**, no existen razones jurídicas para que tanto la entidad citada, como **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, fondo pensional al que se encuentra afiliado en la actualidad la demandante no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la citada, pues no retornarlos, 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 íntegra, 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 **COLFONDOS S.A.**, **PORVENIR 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, tampoco hay lugar a considerar si lo correspondiente a los gastos de administración reposa o no 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 han debido 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).

Entonces, 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.

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). Y no cabe aceptar que se da lugar con ello a un enriquecimiento sin causa para la AFP pública, pues estos recursos no entran a beneficiar directamente a la entidad, sino al fondo común de naturaleza pública que se conforma con los aportes de todos los afiliados al régimen, para garantía de las prestaciones que se otorgan en este.

Sobre las **restituciones mutuas**, cumple indicar 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, se itera, 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**.

En relación con la excepción de prescripción frente a la acción de ineficacia de la afiliación, no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de ahí que 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, extensiva a este caso . En este sentido expuso su posición 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, 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. 100 a 111 Archivo 15 ED).

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, que son suficientes los argumentos de la Juez de primera instancia para despachar negativamente la 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 del actor, 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 cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de **COLPENSIONES**, considera la Sala que tampoco les asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente es una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no comporta la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas corresponden a situaciones anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación de la Sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de ellas.

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 y por autoridad de la Ley,

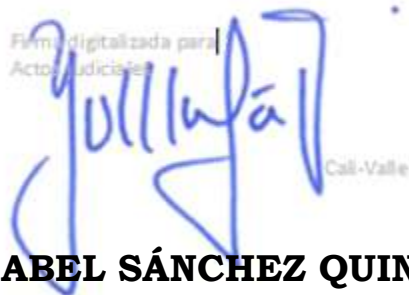
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia n°. 127 del 03 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
uso oficial
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GILBERTO JOSÉ GÓMEZ GRANADOS
DEMANDADO	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2020-00182-02
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Primera Afiliación

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