

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>LUIS JOSÉ LEAL ESCOBAR</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A.</b>
<b>LLAMADO EN GARANTÍA</b>	<b>MAPFRE COLOMBIA VIDA SEUROS S.A.</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-018-2021-00266-02</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia del Traslado</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

**SENTENCIA n°. 041**

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, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las apoderadas judiciales de **PROTECCIÓN S.A., 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° 135 del 10 de junio de 2022, proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI.

**ANTECEDENTES**

El señor **LUIS JOSÉ LEAL ESCOBAR** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA 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** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora frutos e intereses y rendimientos. **3)** Así mismo, se disponga que la segunda acepte el traslado sin solución de continuidad. **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las demandadas.

A través del auto n° 904 del 07 de abril de 2022, se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 21 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 4 a 14 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones y el llamamiento en garantía militantes a folios 3 a 13 y 72 a 78 Archivo 08 ED (Skandia S.A.), 3 a 31 Archivo 09 (Protección S.A), 3 a 19 Archivo 10 ED (Colfondos S.A.), 8 a 18 Archivo 11 ED (Colpensiones), 3 a 25 Archivo 14 ED (Porvenir S.A.) y 4 a 22 Archivo 16 ED (Mapfre).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia n° 135 del 10 de junio de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante al RAIS, inicialmente a **COLFONDOS S.A.**, y subsecuentemente a las otras vinculaciones efectuadas a **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** Luego, 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 y 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 sobre los que también impuso su devolución a **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** Por último, absolvió a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas 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 ilustrativa, 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 adoctrinado 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, deber que recaía sobre el extremo pasivo, en aras de probar que suministró una información clara, expresa y completa, relativa a las implicaciones del traslado, lo cual permite inferir que no existió ese acompañamiento integral al demandante, pues ni siquiera del interrogatorio de parte se logra confesión alguna que demuestre lo contrario, 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 numeral E) de la Ley 797 de 2003, por encontrarse el accionante próximo a cumplir la edad de pensión.

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 peticionada.

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** apunta su inconformidad frente a la orden de devolver lo concerniente a los gastos de administración, señalando que dicho emolumento se descuenta por expresa disposición normativa contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, suma de dinero que retribuye la buena gestión de administración sobre la cuenta de ahorro del afiliado.

Acto seguido, se opuso también a devolver lo descontado para cubrir la prima de seguro previsional, primero porque dichos rubros ya no reposan en las arcas de la entidad, además de que fue utilizado para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Por último, se opone a la condena en costas fulminada en su contra, aduciendo que, si bien se opuso a lo pretendido, no podía la AFP acceder a la ineficacia del traslado deprecada.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** alude que la vinculación del señor **LUIS JOSÉ LEAL ESCOBAR** se dio con el lleno de requisitos que para la fecha de afiliación al RAIS establecía la norma aplicable, debiéndose tener en cuenta que para esa época el deber de información no era tan estricto como se ha establecido últimamente, asegurando que era el formulario de afiliación, el

único documento exigible, siendo a partir del año 2016 que se hace mayor exigencia del derecho a la información o buen consejo del afiliado.

De otro lado, sostuvo que los múltiples traslados que realizó el demandante con otras entidades dentro del aludido régimen de ahorro individual, muestra su deseo de permanecer allí, recalcando que el demandante hizo aportes voluntarios.

Luego, dijo que el deseo del demandante en regresar al RPMPD radica únicamente en aspectos económicos, que no puede tenerse como una falta al deber de información.

Por último, mostró su desacuerdo en la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y primas de seguros previsionales, dineros que no reposan en las arcas de la entidad.

La togada de **SKANDIA S.A.** señaló que no debió fulminarse condena en contra de su representada, pues de acuerdo con las pruebas arrimadas y practicadas, está demostrado que el actor se vinculó a esta AFP en el año 2014, momento para el cual ya se encontraba inmerso en la prohibición del traslado entre regímenes, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993. En ese orden de ideas, está demostrado que la administradora de pensiones del RAIS proporcionó la información al usuario en los términos y de acuerdo con las características en las que se encontraba el demandante, reiterando que el accionante para la calenda atrás señalada ya no podía retornar a **COLPENSIONES**, siendo su deber acceder a dicha afiliación.

Luego, sostuvo que de llegarse a confirmar el proveído apelado, no hay lugar a trasladar lo relativo a los gastos de administración, pues fueron estos rubros los que le permitieron al demandante generar una serie de rendimientos al interior de su cuenta de ahorro individual, valores que ha garantizado que su dinero no pierda el valor adquisitivo a lo largo del tiempo, recalcando que tampoco hay lugar a reintegrar estos valores de manera indexada, pues se estaría generando un doble pago y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de **SKANDIA S.A.** y a favor de **COLPENSIONES**.

De otro lado, frente a las primas de reaseguro, refirió que debió ser la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, la entidad a quien debió ordenarse retornar estos valores, pues si la consecuencia jurídica de la ineficacia declarada es que todo vuelva a su estado original, nunca debió

**SKANDIA S.A.** pagar estas comisiones, hecho por el cual está llamado a prosperar el llamamiento en garantía propuesto.

Finalmente, se opuso a la condena en costas impuesta, aduciendo que se ejerció el derecho de contradicción y defensa de acuerdo con los parámetros legales, sin que se avizore que su defendida hubiese incumplido sus obligaciones y deberes.

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°. 036 del 23 de enero de 2023, se dispuso dar traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Mapfre S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A., en términos similares a la 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 se puede exonerar a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** 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 1983 a 1994, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 07 de julio de 1994 (f. 19 a 22 y 36 Archivos 11 y 01 ED).
- (ii) Que, durante su permanencia en el RAIS, el señor **LUIS JOSÉ LEAL ESCOBAR** efectuó traslado a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 01 en abril de 1996, posteriormente el 20 de abril de 1999 a **PORVENIR S.A.**, el 20 de septiembre de 2001 a HORIZONTE y el 21 de julio de 2014 a **SKANDIA S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 32, 29-30 y 16 Archivos 09, 14, 08 ED).
- (iii) Que el demandante solicitó la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual a las AFP **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.**, entidades que no accedieron a lo solicitado en misivas del 14, 15 y 20 de abril de 2021 (f. 29 a 35 y 37 a 40 Archivo 01 ED).
- (iv) Que el 26 de marzo de 2021, el demandante también solicitó a **COLPENSIONES** declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, y, como consecuencia de ello aceptar su regreso al RPMPD, petición atendida de manera negativa por esta entidad en oficio de la misma fecha (f. 25 a 28 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 dispuso 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 pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a **COLFONDOS S.A.** (f. 36 Archivo 01 ED), y de los suscritos por el actor a **HORIZONTE S.A, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** (f. 29-30 y 16 Archivos 14 y 08 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.

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, 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 posible 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 parte 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 reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, y en respuesta a lo manifestado por **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** tampoco puede considerarse que la falta de reclamación 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 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, 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 **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, fondo pensional al que se encuentra afiliado en la actualidad el demandante no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del citado, 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.**, **PROTECCIÓN 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).

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.

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**.

Luego, se duele la apoderada de **SKANDIA S.A.** frente a la orden de devolución indexada de las cuotas de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguros, aduciendo que con ello se generaría un doble pago y un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, argumento que de entrada debe desestimarse, en primer lugar, porque de antaño se tiene decantado que la indexación no constituye una retribución o una sanción, sino una mera actualización de las obligaciones dinerarias a fin de que estos efectos no pierdan su poder adquisitivo por la devaluación de la moneda producto de la inflación, y en segundo término, porque ha sido la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la que impone tal medida respecto de tales rubros, por la razón antes señalada, al respecto puede consultarse la Sentencia SL 4609 de 2021.

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

En el caso de marras, **SKANDIA S.A** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, en virtud de la póliza No. 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 comentario (f. 79 a 90 Archivo 08 ED).

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, que son suficientes los argumentos de la 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 torno a 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 de 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, PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**, considera la Sala que tampoco les asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición deviene como una consecuencia simplemente procesal, impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 CGP, y no conlleva 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 **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) 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° 135 del 10 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., 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 un (1) SMLMV, para cada una de ellas.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial  
  
Cali-Valle

**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**

**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVO VOTO PARCIAL**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA 1ª DE DECISIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: **DRA YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL**

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3.4.4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*<sup>2</sup>.

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin<sup>3</sup>. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P”*<sup>4</sup>.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores

<sup>1</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

<sup>2</sup>Ibídem.

<sup>3</sup>Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>4</sup>Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

de competencia<sup>5</sup>. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>6</sup>, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “*propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial*”<sup>7</sup>.

Argumentos estos que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la **Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021** y en decisión de tutela **T-1092 DE 2012**.

El Magistrado



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

---

<sup>5</sup>Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>6</sup> Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

<sup>7</sup>Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería.