

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### SALA DE DECISIÓN LABORAL

El doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **ORLANDO ERNESTO PENAGOS BETANCUR**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.** (en adelante SKANDIA S.A.), **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.) y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (en adelante PROTECCIÓN S.A.) tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-018-2020-00130-01**.

La demandada SKANDIA S.A., llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (en adelante MAPFRE S.A.)

### AUTO

En memorial allegado a través de correo electrónico, conforme a escritura pública, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien represente judicialmente los intereses de PORVENIR S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería al abogado **OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO** portador de la T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura, para que represente a PORVENIR S.A. en este proceso como apoderado sustituto.

De otro lado, en memorial allegado a través de correo electrónico, conforme a escritura pública, allegada vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien represente judicialmente los intereses de SKANDIA S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **JULIANA ARAQUE QUIROZ** portadora

de la T.P. 293.693 del C. S. de la Judicatura, para que represente a SKANDIA S.A. en este proceso como apoderada sustituta.

El magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto, y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos.

### **1. ANTECEDENTES:**

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (RAIS), y en consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los aportes cotizados con sus rendimientos, cuotas de administración, y que asuman los menores valores frente a la cotización, y ordenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata el actor que nació el 21 de diciembre de 1954, y que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES a partir del 19 de octubre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2000.

Relata, que el 15 de junio de 2000, se trasladó a Protección S.A. Luego el 29 de septiembre del 2.006, se pasó a Skandia S.A., advirtiéndole que si bien firmó los formularios, y que en ellos se lee “ que se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones”; sin embargo, echa de menos que es la falta de información veraz, completa y suficiente que hace que una decisión tan trascendental se tome sin el previo conocimiento de lo que ello entraña, toda vez que no fue debidamente asesorado, ni informado sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse del régimen pensional.

Señala que el fondo nunca le notificó que tenía la posibilidad de trasladarse por última vez, antes de cumplir los 10 años para acceder a una mejor pensión con el (RPMPD), violándose con ello la confianza legítima que tenía el afiliado en las Administradoras de Fondos de Pensiones, a los cuales les confió su protección y deber de orientación y asesoría ante las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte.

Finaliza contando que tanto Skandia S.A., como COLPENSIONES le negaron el traslado de régimen, ambas con el argumento de que le faltaba menos de diez (10) años para la pensión.

## 2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, y ordenado en consecuencia a SKANDIA S.A., efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que el demandante realizó aportes en el Régimen de Ahorro.

Igualmente ordenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, los porcentajes destinados a la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y los destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, debidamente indexados, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en dichas administradoras.

A COLPENSIONES le ordenó reactivar la afiliación del demandante en el RPM, recibir las sumas indicadas, y continuar como su administradora de pensiones.

Para fulminar condena, la *a quo* se refirió a la línea jurisprudencial que tiene fijada la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que en el presente proceso no se probó por parte de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A. que, al momento de la afiliación del demandante, hayan cumplido con el deber legal de otorgar una explicación integral sobre la regulación de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, resultando insuficiente como prueba de la existencia de un consentimiento suficientemente informado la suscripción del formulario de afiliación pre impreso, y sin que se hubiese extraído confesión al respecto por el demandante en el interrogatorio de parte.

Declaró infundada la excepción de prescripción, y frente a las demás indicó que quedan implícitamente resueltas como meras oposiciones; condenó en costas a las AFPS.

Finalmente, absolvió a MAPFRE S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por SKANDIA S.A.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Los apoderados de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A., apelan la sentencia en los siguientes términos:

#### **APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

Solicita que se revoque la decisión frente a las condenas impuestas en su contra, ya que la afiliación del demandante, en primer lugar, en Colpatria y luego con Porvenir, fueron completamente validas, ya que estuvieron precedidas de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, por lo que en el presente caso no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante. Por el contrario, se evidencia que el demandante durante todo este tiempo de vinculación en este régimen tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones del sistema, por lo que se destaca la voluntad del demandante de trasladarse, pero siempre en el régimen de ahorro individual, lo que es una muestra fehaciente de permanecer en este régimen, si bien es cierto que hay una línea jurisprudencial que alude a la ineficacia del traslado, ha aclarado la Corte que solo resulta aplicada de manera diferenciada, según los supuestos fácticos de cada caso, que en este caso no se da, ya que se insiste la afiliación con su representada, siendo ya que las afiliación fueron validas e informadas. Los términos tan rigurosos por los que hoy se reprocha a su representada, solo fueron impuestos posteriormente, y las declaraciones y condenas que hoy se condenan resultan de aplicaciones del principio de ir retroactiva y de seguridad jurídica

Se advierte que la única justificación para la declaración de la ineficacia, es el monto de la mesada pensional, factor que por sí solo no puede ser un elemento para declarar la ineficacia y decir que no se dio la debida información al actor, considerado como un elemento de vicio, máxime si se tiene en cuenta que como se financian las pensiones en cada régimen es completamente distinto.

De otro lado, también se debe de revocar la condena de retornar los gastos de administración, y ello es así porque durante el periodo de afiliación con esta AFP, esta ha cumplido con la finalidad de proporcionarle a su afiliado invertir los dineros y cubrir los riesgos de invalidez y muerte.

En tal sentido, la Superfinanciera ha dicho que se debe respetar las restituciones mutuas, y no se deben devolver las primas de seguro y las comisiones de cuotas de administración, que fueron utilizadas para generar rendimiento en su momento del afiliado.

En ese mismo orden de ideas de devolver rendimientos y gastos de administración, Porvenir se aparta de esta condena, no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos aspectos y en otros no, como quiera que la consecuencia que se declare esta figura como lo ha manifestado la Corte es tener que el negocio no se ha celebrado jamás, por lo que los recursos no se generaron, en todo caso esos rendimientos ya habrían sido trasladado que hoy en día es protección, por lo que no es de recibo esta condena en contra de su representada porque sería una condena doble.

Finaliza diciendo que tampoco se debe de condenar en costas a cargo de su representada, ya que su actuar esta investido de buena fe.

#### **APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.**

Solicita que se revoque de manera parcial la condena respecto de trasladar a Colpensiones los dineros correspondiente al Fogafín, lo anterior conforme a lo dispuesto le ley 1450 de 2011, que en su artículo 163, dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín, ordenando además que las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas. Se esta condenando en la sentencia al traslado de un concepto derogado, estando así completamente infundado el rubro objeto de condena.

#### **APELACIÓN SKANDIA S.A.**

Solicita se revoque las ordenes impuestas a SKANDIA, y determinar si efectivamente la demandante tomó una decisión libre e informada de trasladarse al fondo de pensiones, teniendo en cuenta que la vinculación con el fondo se dio conforme al

contexto normativo vigente para la época, y se cumplieron los requisitos legales que se exigían para el momento, toda vez que, era el formulario de afiliación el único soporte escritural que se debía dejar de la decisión libre voluntaria tomada por la demandante.

Téngase en cuenta que los documentos que certifican entrega de información, no eran una obligación vigente para esa época, pues esa obligación surgió únicamente con la circular 016 de 2016 de la Superfinanciera de Colombia, por tal motivo SKANDIA no se encuentra en la mejor posición probatoria que acredite la entrega de información entregada al momento de la afiliación a la demandante.

Del mismo modo, tener en cuenta que la figura del buen consejo, doble asesoría, e incluso desincentivar la firma de afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir de los pronunciamientos de la corte suprema de justicia, sala casación labora, y en jurisprudencia decantada en los años 2010 y 2014. Por lo tanto, esas obligaciones no eran exigibles para el momento que se perfeccionó la afiliación de la demandante y mucho menos se puede aplicar de manera retroactiva.

Téngase en cuenta también que la demandante se trasladó dentro de diferentes AFP con lo que dejó en evidencia, su decisión de permanecer a este régimen pensional y si bien, la Corte Suprema ha manifestado que esto no subsana el acto inicial, lo cierto es que la demandante realizó varios traslados entre las AFP, con lo que se entiende que el misma accedió a la información en diferentes momentos y decidió seguir perteneciendo al RAIS, y lo que en este momento desea para volver a Colpensiones es la obtención de un beneficio económico por una diferencia de proyección de mesada pensional, que no se puede entender como falta al deber de información, pues esto se escapa de la esfera de control de las AFP y más si se tiene en cuenta las modificaciones que existen en cuanto a la forma de liquidar y las variables que afectan las liquidaciones de las mesadas pensionales en el RAIS.

Si se decide dejar en firme la ineficacia del traslado, solicito se revoque la orden de regresar los gastos de administración, pues está claro que SKANDIA generó buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual de la afiliada con los que se superaron incluso los que hubiera podido generar Colpensiones.

Adicionalmente solicita, que lo referente a las devoluciones de primas de seguro previsional, que esta orden sea dada a MAPFRE llamada en garantía en el presente proceso, pues es en esta aseguradora que reposan estas sumas que ya cumplieron su fin y propósito pues la demandante estuvo cubierta bajo los riesgos de invalidez y

muerte hasta la actualidad, por lo que no es posible retrotraer el servicio y no es posible la devolución de estos recursos.

En cuanto a la indexación considera que es una doble sanción en contra de SKANDIA, teniendo en cuenta que el fallo de la sentencia es claro en ordenar a SKANDIA la devolución de los rendimientos financieros, por lo tanto, se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de estos dineros que se ordenan regresar. Por tal razón, solicita se revoque la condena de indexación en contra de SKANDIA.

Finalmente, frente a la tasación en costas SKANDIA no fue la que ocasionó el traslado de régimen pensional y consecuentemente debe ser revocada la condena en costas que le fue impuesta, toda vez que actuó de buena fe en cumplimiento de la normativa legal vigente.

#### **4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:**

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales la DEMANDANTE, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. allegaron escrito de alegatos de conclusión, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

##### **ALEGATOS DE LA PORVENIR S.A.**

No existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación con mi defendida, como se expone a continuación:

1.1. Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionante, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para entonces dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Sumado a esto, previa suscripción del formulario de traslado de régimen pensional efectuado por la parte demandante, y sus múltiples traslado dentro del RAIS, el actor recibió una asesoría en donde le manifestaron características propias del RAIS, pues como lo manifestó en el interrogatorio de parte practicado en audiencia en primera

instancia, le indicaron que sobre la creación de una cuenta de ahorro individual, que allí irían sus aportes, los cuales generarían unos rendimientos, sobre los cuales conocía el cómo se generaban y frente a la incidencia de estos en el aumento del capital que financiaría su mesada pensional, como otras características, por ejemplo la posibilidad de pensionarse sin atender a un requisito de edad, o sobre la posibilidad de que sus aportes sean heredados, entre otros, por todo lo anterior, es caló que el demandante contaba con toda la información que le era oponible a las AFPs cuando este se vinculó con estas.

1.2. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, incluso realizando múltiples traslados horizontales entre fondos privados, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

1.3. Por otro lado, a razón de los hechos narrados en la demanda, y de lo sucedido en la audiencia de primera instancia, se logra inferir que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el carácter económico de la mesada pensional. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

1.4. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

1.5. Así mismo, se resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las



sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

1.6. En el presente proceso también se avizora un incumplimiento de la parte accionante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, y es que como lo indico el actor dentro del interrogatorio de parte, el demandante conocía la prohibición legal de traslado de régimen por edad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y cómo funcionaba el RAIS, y con dichas herramientas, decidió permanecer en el régimen privado de pensiones.

1.7. Por último, se resalta que la totalidad de condiciones del Régimen de Ahorro Individual no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, **la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa**, tal y como lo establece el artículo 9 del código Civil Colombiano.

2. **Los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente los gastos de administración, los porcentajes destinados a primas de reaseguros de fogafin, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que se condenan a trasladar debidamente indexadas.**

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si se decidiera por parte del Honorable Tribunal dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de manera indexada de los gastos de administración, los porcentajes destinados a primas de reaseguros de fogafin, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pues:

2.1. Atendiendo al fallo emitido por la Juez de primera instancia, en el cual se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, producto de la administración de las AFPs, y que los efectos jurídicos

que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelvan a un estado anterior, dan como sentido en que, no resulte procedente una indexación sobre los descuentos ordenados a trasladar, dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los dineros señalados, el cual se busca reponer con la indexación al momento de ser trasladados a la administradora del RPMD, se resarciría con el traslado de los rendimientos, los cuales no se debieron haber ocasionados tras la declaratoria de ineficacia.

Así las cosas, **la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se está yendo en contra** del principio de congruencia y seguridad jurídica, pues se está condenado a mi defendida en el escenario en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional produjo efectos, pues se condena al traslado de los rendimientos generado en el RAIS, y a su vez se está dejando sin efectos, y como si nunca hubiese existido un acto jurídico de traslado de régimen pensional, en el entendido en que, la demandante siempre permaneció sin solución de continuidad en el RPMD, a razón de la declaratoria de ineficacia.

2.2. Por otro lado, las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

2.3. Atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, sumas que invirtió

para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo.

Por si lo anterior no fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

2.4 Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

2.5 Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en cómo deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

Improcedencia de traslado de las sumas con destino al fondo de garantía de pensión mínima, pues no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada. Los efectos de la ineficacia, en particular la de devolver las cosas al estado en que se hallaban antes de que se produjera el acto ineficaz, traen como lógica consecuencia que esos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media, con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene ningún sentido que permanezcan en un fondo, cuyo propósito ya no beneficiará al afiliado. Si ello es así, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas, que no están en poder de la administradora, sean remitidas con cargo a los propios recursos de

esta. Ello equivaldría a una sanción injustificada, que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia, ni, mucho menos, con las restituciones.

En efecto, como lo ha entendido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la consulta del 3 de agosto de 2022 (Número único: 11001030600020220006200), al examinar algunas decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha considerado que, “lo relevante es cerciorarse de que en el régimen pensional en que se encuentre el cotizante estén también sus aportes pensionales. En consecuencia, si aquel opta por un cambio de régimen, lo propio debe ocurrirles a los aportes, sin salvedad ni excepción alguna”.

De acuerdo con este criterio, no tiene sentido que los aportes al fondo permanezcan en el RAIS, en un fondo especial, y el saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y un eventual bono pensional sean trasladados a Colpensiones, con mayor razón si el traslado de ese 1.5% sobre la base de cotización sirve para equilibrar la diferencia que existe en el monto de los aportes que existe entre los dos regímenes. Como se expuso en la referida consulta: “Quiere decir lo anterior, parafraseando a la Corte Suprema de Justicia, que la decisión que ordena trasladar los recursos pensionales al régimen al que esté vinculado el cotizante no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional”

### **3. CONDENA EN COSTAS**

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de régimen pensional, sumado a que mi defendida siempre ha buscado el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

### **ALEGATOS DE SKANDIA S.A.**

#### **1. SKANDIA S.A CUMPLIÓ A CABALIDAD CON EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE LE ERA EXIGIDO PARA LA FECHA DE LA AFILIACIÓN Y/O TRASLADODE RÉGIMEN PENSIONAL DEL DEMANDANTE.**

Las condenas impuestas en la sentencia apelada tienen su fundamento en la supuesta ausencia del cumplimiento del deber de información por parte de mi representada

en relación con el demandante. Por lo cual pretendo demostrarle al despacho que el a quo erróal proferir sentencia condenatoria frente los intereses de mi representada.

Sea lo primero aclarar que Skandia S.A., siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al R.A.I.S

Respecto a la información esta se entregó de manera verbal y personalizada por parte de Skandia S.A, en cumplimiento de todos los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación sin que en ningún momento se exigiera a mi representada documentarla información brindada por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que no existe documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría recibida por la actora , imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación según lo establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi mandante ha cumplido con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo durante el período de afiliación de la accionante, sin que pueda colegirse ni encontrarse probado una acción y omisión de esta que pueda conllevar a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional. Es más, se resalta que en los hechos de la demanda no se menciona ninguna inconformidad con la gestión de mi mandante, situación que no fue contemplada por el juez de instancia.

El actor se afilió de manera libre y voluntaria ante Skandia, porque consideraba que era la mejor decisión para su situación pensional, y teniendo la oportunidad de trasladarse de régimen optó por hacer traslados horizontales y no cambiar de régimen pensional.

## **1. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA EN LA AFILIACIÓN**

Ahora bien en el caso en que la sala considere confirmar la decisión de primera instancia es importante resaltar que Old Mutual S.A. descontó un porcentaje que corresponde a gastos de administración como la ley autoriza y en virtud de ellos se han cumplido todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios del demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como puede evidenciarse en el estado de cuenta que obra en el plenario y, en esa medida, se

cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar eventualmente al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se disponga la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

Así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales el demandante ha tenido cobertura durante todo el tiempo que ha estado afiliado frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

Así las cosas, la indexación sobre el traslado de los descuentos ordenados, estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada y en un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES, sumado a que se está yendo en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues se está condenado a mi defendida en el escenario en que el acto jurídico de traslado de régimen pensional produjo efectos, pues se condena al traslado de los rendimientos generado en el RAIS, y a su vez se está dejando sin efectos, y como si nunca hubiese existido un acto jurídico de traslado de régimen pensional, en el entendido en que, el demandante siempre permaneció sin solución de continuidad en el RPMD, a razón de la declaratoria de ineficacia.

De igual forma, es pertinente señalar que, aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen pensional, se tiene que incluso en el RPM un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia en igualdad de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede desconocerse la gestión y los seguros tomados por las AFP durante la afiliación en el RAIS, ante la eventual revocatoria del fallo proferido y una eventual declaración de la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional.

Lo anterior, incluso en línea con lo expuesto por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas, en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional. (Ver Radicado: 2019152169- 003-00).

## 1. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Ahora bien, teniendo en cuenta que **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, en cumplimiento de su obligación legal, celebró con **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** un contrato de seguro previsional destinado a ampararlos riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones (entre ellos el demandante), es evidente que en caso de confirmar la ineficacia de la afiliación, la entidad llamada a realizar la devolución de la prima de seguros es la aseguradora **MAPFRECOLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, que fue la que recibió la prima pagada por mi representada, esto en virtud del llamamiento en garantía propuesto por mi representada.

Lo anterior, pues al retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, el contrato de Seguro Previsional mencionado también sería parcialmente ineficaz a la luz del artículo 1137 del Código de Comercio y, en consecuencia, la entidad aseguradora prenotada estaría obligada a devolver las primas pagadas por mi representada respecto del demandante. Conforme lo establece el artículo previamente transcrito, el contrato de seguro no producirá efecto alguno ante la falta de uno o todos sus elementos esenciales; situación que se configuraría **parcialmente** respecto del contrato de seguro previsional suscrito entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** en relación con el demandante, toda vez que se extinguiría el interés asegurable, pues lo que legitimó a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a contratar el seguro previsional en favor del demandante, en calidad de asegurada, fue, precisamente, la vinculación **válida** efectuada al régimen de ahorro individual de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia, solicito sea **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** la condenada a trasladar lo atinente a la prima de seguros previsionales en relación con el demandante a Colpensiones.

### ALEGATOS DE MAPFRE S.A.

En primer lugar, la declaración de ineficacia tiene origen en la afiliación y la información suministrada, la cual es llevada a cabo única y exclusivamente por el fondo de pensiones.

Es importante aclarar que respecto a la devolución de las primas solicitadas en el llamamiento en garantía, son un hecho agotado y superado, fueron primas

devengadas que se causaron en su totalidad, ya que con anterioridad la compañía que represento estuvo soportando los riesgos y lo ha debido hacer por todo el tiempo estipulado y durante el interregno en que se hayan pagado las aludidas primas, pese a que en el caso de autos no se configuró ninguno de los riesgos, esto es, invalidez o muerte, los que son elementos esenciales para afectar la póliza suscrita.

De igual forma, es importante señalar que, aun cuando el accionante no se hubiese traslado de régimen pensional, dentro de su afiliación al Régimen de Prima Media (RPM) se prevé un porcentaje de la cotización que se destina a los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia en igualdad de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

La Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral Rad.31214 del 21 de noviembre de 2007, señala que la póliza previsional por la cual es llamada mi representada al presente proceso no cubre riesgos operacionales de las administradoras de fondos de pensiones, y en ese sentido quien deberá asumir en caso tal la restitución de la totalidad de los aportes es AFP SKANDIA S.A., de sus propios recursos con cargo a sus propias utilidades, y así lo reconoce la misma corporación, pero en sentencia SL 1688 de 2019, SL 2209 de 2021, SL 2207 de 2021, SL 2105 de 2023, SL 1084 de 2023 y otros.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:**

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por el demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES:**

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y PROTECCIÓN S.A. se



consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado del demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el accionante, estando afiliado al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral que reposa a folios 19 a 24 del expediente (11ContestacionCopensiones), se afilió a la administradora del RAIS COLPATRIA hoy PORVENIR el 26 de noviembre de 1997, con efectividad del 1º de enero de 1998, como se observa en el certificado SIAFP que milita a folio 42 del plenario (06.ContestaciónProtección); luego se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 18 de enero de 1999, como se lee del registro de afiliación inserto a folio 40, siendo efectivo e traslado el 1 de marzo de 1999 (fl. 42. 06.ContestaciónProtección); más adelante, se pasó a PORVENIR S.A. el 15 de junio de 2000, siendo efectivo el traslado el 1 de agosto de 2000; regresando a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 4 de abril de 2001 (fl. 41 de archivo digital 06.ContestaciónProtección), trasladándose por último a SKANDIA S.A. el 29 de septiembre de 2006, como se colige del formulario de afiliación inserto a folio 20 (archivo 08contestacionSkandia), efectivo el traslado el 21 de noviembre de 2006 (folio 21 archivo 08contestacionSkandia)

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. en el año 1997, estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto

010:26 del video de la audiencia de trámite (archivo 05001310501820200013000\_L050013105018CSJVirtual\_01\_20230602\_143000\_V), no se advierte que, éste haya confesado que al momento de su traslado de régimen se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

De otra parte, ha señalado la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para probar la asesoría y el cumplimiento del deber de información, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó en este proceso la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga.

Ahora, en lo que tiene que ver con las sumas que deben ser devueltas a Colpensiones, la decisión de la *a quo*, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, y por tal razón, la devolución que debe realizar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES deberá incluir la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro de Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Así mismo PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A. deberán reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el

porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por los apoderados de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora, respecto de los argumentos de las apelaciones y alegatos de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. que la indexación no es procedente, por cuanto los dineros que fueron trasladados están indexados ya que no se trasladó únicamente los aportes que el señor Orlando Ernesto Penagos efectuó, sino que, estos estuvieron acompañados de los rendimientos financieros que a efectos prácticos hacen las veces de indexación, no les asiste razón, por cuanto la indexación ordenada no es respecto del porcentaje de las cotizaciones que fue abonada a la cuenta de ahorro pensional del demandante, sino de los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no generaron los rendimientos o intereses, pues fueron apropiados por las AFP o gastados para los pagos de las primas.

De otra parte, afirma los abogados de Porvenir S.A. y Skandia S.A. en sus alegatos, que declara la ineficacia atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las normas legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad

financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Ahora, en lo que tiene que ver con lo alegado por SKANDIA S.A. referente a la negación de las pretensiones en contra de la llamada en garantía MAPFRE S.A., pretende SKANDIA S.A., que MAPFRE S.A. efectúe la devolución de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes que presuntamente habría pagado para cubrir los referidos riesgos en favor del demandante. Argumenta SKANDIA S.A. que al declararse la ineficacia se pierde el interés asegurable elemento esencialmente en el contrato de seguros, conforme al artículo 1137 del C. de Comercio, no es de recibo por la Sala que, pues la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, no genera como consecuencia la nulidad o ineficacia del contrato colectivo de seguro previsional suscrito en su momento entre SKANDIA S.A. y MAPFRE S.A., ya que esta última, tuvo la carga durante el término del amparo de los riesgos asegurados en favor del afiliado, y en ese orden de ideas al ser MAPFRE S.A. un tercero de buena fe ajeno a la relación del demandante con SKANDIA S.A., por lo que MAPFRE S.A. no está llamada a responder por las primas de seguros previsionales que debe restituir SKANDIA S.A.

En conclusión, MAPFRE S.A. como aseguradora previsional es un tercero de buena fe que cumplió con su obligación contractual de mantener asegurada al demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte durante el periodo de vigencia de la póliza, que no puede verse afectada por la omisión en el cumplimiento del deber de información en la que incurrió SKANDIA S.A., siendo entonces esta AFP quien debe sufragar de su propio patrimonio las sumas que deba devolver a Colpensiones por concepto de las primas del seguro previsional de invalidez y de sobrevivencia.

Y es que, de haberse producido el siniestro de muerte o invalidez, antes de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante la RAIS, el amparo del seguro, habría operado y por ello al existir una condición especial de la presencia del derecho a la pensión, a juicio de la Sala, no sería procedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, como lo ha sentido en sentencia de unificación por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, y la CSJ en la Sentencia SL 373 de 2021, para el caso de que ya existe la pensión de vejez otorgada en el RAIS, y por ello durante el

contrato de seguro estuvo vigente el amparo, es decir el interés asegurable surtiendo todos sus efectos.

En lo que concierne al aspecto recurrido por la AFP PROTECCIÓN S.A., sobre la orden de devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafín, es preciso indicar que sobre el reaseguro Fogafín, se refiere el Art. 7 de la ley 797 de 2003, que modificó el original Art. 20 de la ley 100 de 1993, que dispuso en su Inc. 3 lo siguiente:

*“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al fondo de garantía de pensión mínima del régimen de ahorro individual con solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafín**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”* (negrilla agregada)

Ahora el artículo 99 de la original Ley 100 de 1993, dispuso que fueran las administradoras y aseguradoras quienes la cubrieran con sus propios recursos, sin embargo, la ley 797 de 2003 es posterior y podría interpretarse como modificatoria del 99 de la original Ley 100 de 1993, lo que pudiera llevar a concluir que el reaseguro FOGAFIN al menos hasta cuando estuvo vigente respecto de los Fondos de Pensiones, se tenía como un porcentaje que se debía pagar del 3% de la cotización, destinada a financiar “los gastos de administración, **la prima de reaseguros de Fogafín**, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.” Como expresamente lo estableció el citado Art. 7 de la ley 797 de 2003 y en tal sentido no se entendería como un seguro que pagaban las Administraras de Pensiones, de su propio patrimonio, sino con cargo al porcentaje de 3% antes citado y por ello la orden de devolución de la cotización debe incluir el porcentaje del reaseguro Fogafín, al menos mientras hubo la obligación de tomar le mismo, pues se repite se pagaba con cargo al citado 3% a que hace mención el Art. 7 de la ley 797 de 2003.

De otra parte, la obligación de la garantía de FOGAFÍN, fue eliminada para las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por virtud de lo dispuesto en el Art. 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, sin embargo la orden que se pueda proferir en una sentencia de devolución del porcentaje del reaseguro FOGAFÍN, debe entenderse que es el evento que dicha garantía o reaseguro hubiera podido ser cubierta con la cotización de la afiliada durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS y mientras estuvo vigente dicha obligación para las administradoras de pensiones del RAIS, sin que la orden de devolución de la cotización en ningún caso supere el 100% de la misma. Por manera que, si de la cotización del actor, no se efectuó en alguna época, o en todo el tiempo de la afiliación,

ningún descuento para cubrir el reaseguro o garantía de Fogafín, no tendría por qué hacer devolución alguna de este concepto, por lo que, en todo caso, la devolución, es solo del 100% de la cotización, sin descuento de ninguna índole.

En el caso del demandante, nótese que como ya se indicó, se afilió a RAIS COLPATRIA hoy PORVENIR el 26 de noviembre de 1997, con efectividad del 1º de enero de 1998, y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 18 de enero de 1999, regresando a PORVENIR S.A. el 15 de junio de 2000, regresando a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 4 de abril de 2001, trasladándose por último a SKANDIA S.A. el 29 de septiembre de 2006, por lo que respecto del reaseguro Fogafín, en sus distintos momentos se deben aplicar las preceptivas de la original Ley 100 de 1993, la modificación de Art. 7 de la ley 797 de 2003 y desde el 16 de junio de 2011 lo preceptuado en el Art. 163 de la Ley 1450 de este mismo año, por lo que no le asiste razón a la apoderada de PROTECCIÓN S.A., sobre que no se profiera orden de reintegro del porcentaje del reaseguro Fogafín, pues durante estuvo vigente, tenía relación con la cotización que pagaba el afiliado, pues finalmente de su importe se realizaba el pago, independientemente que la Administradora de Pensiones, entendiera que era de su participación en la cotización de la denominada cuota de administración.

Con todo, le puede asistir razón al apoderado de PROTECCIÓN S.A., en cuanto a que la forma imprecisa como el *a quo*, ordenó la devolución del reaseguro Fogafín, se puede prestar a confusiones, por lo que se precisará en esta instancia que el porcentaje del referido reaseguro a devolver, es durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, es decir que PROTECCIÓN S.A., devolverá a COLPENSIONES, indexado, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional del actor.

Respecto a la oposición de SKANDIA en el recurso de apelación, reiterada en los alegatos, respecto de condena en costas que se le impuso, se ha de manifestar que si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, lo cierto es que no fue el actuar de SKANDIA S.A. el que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, de régimen pensional, pues conforme a la jurisprudencia de la CSJ, lo que genera la ineficacia, es la omisión en la asesoría en la primera afiliación al RAIS, que en este



caso, se produjo a través de la AFP PORVENIR S.A., por lo que a juicio de la Sala, SKANDIA S.A., no debe asumir las costas del procesales, por lo que se revocará la condena que le fue impuesta a las mismas, para en su lugar abstenerse de imponerle costas.

De otra parte, se afirma en la apelación y los alegatos de PORVENIR S.A., que no debe ser condena en costas, ya que su actuar esta investido de buena fe, sin embargo, como se dijo con antelación, fue este el primer fondo en el que se afilio el actor, por lo que en su caso en particular si recae el pago de costas, pues fue la primer asegurado que omitió la información del traslado del demandante, sin que importe, que haya actuado de buena o mala fe, por lo que no le asiste razón en su oposición.

Finalmente, en cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, REVOCADA y PRECISADA, en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a favor del actor, y a cargo de PORVENIR S.A., por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000, de la que responden en parte iguales cada una de las referidas AFP.

Igualmente, se imponen costas a favor de MAPFRE S.A. y a cargo SKANDIA S.A., por haber sido vencida en la apelación sobre que la condena a la devolución de las primas de seguros se impusiera a MAPFRE S.A. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

## **6. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de septiembre de 2023 proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ORLANDO ERNESTO PENAGOS BETANCUR** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**, PRECISANDO que la devolución del reaseguro Fogafin ordenado a PROTECCIÓN S.A., es durante el tiempo que legalmente se descontó de la cotización, es decir que PROTECCIÓN S.A., devolverá a COLPENSIONES, indexado, el porcentaje de la cotización que no consignó en la cuenta de ahorro pensional del actor.

**SEGUNDO: REVOCAR** el fallo de primera instancia, en lo relativo a la condena en costas que se le impuso a SKANDIA S.A. en primera instancia, para en su lugar, abstenerse de imponerle costas a esta AFP.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a favor del actor, y cargo de PORVENIR S.A., Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

Costas a favor de MAPFRE S.A. y a cargo de SKANDIA S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres  
Magistrado  
Sala Laboral  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez  
Magistrado

**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **a561354d1e4edfd64ee1d1f6a491f16527b5e2cbb40d99f88210be64bd3fc200**  
Documento generado en 12/03/2024 12:19:32 p. m.

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