

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLARA ISABEL ESTELA GÓMEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE	COLFONDOS S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2021-00132-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 029

Santiago de Cali, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 002 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR. S.A., SKANDIA S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 141 del 6 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada DANNA SATIZABAL PERLAZA identificada con T.P. No254.442 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora **CLARA ISABEL ESTELA GÓMEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** En consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD, y que **PORVENIR S.A.** devuelva todos los aportes, bonos pensionales y los rendimientos financieros. **3)** Por último, peticionó que se ordene a **COLPENSIONES** aceptar el traslado.

A través del Auto No. 1244 del 14 de mayo de 2021, se admitió el llamamiento en garantía propuesta por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f. 1 a 4 Archivo 14 ED). Posteriormente, mediante Auto No. 1316 del 21 de mayo de 2021 el Juzgado de conocimiento decidió vincular como Litisconsorte Necesario a la **AFP COLFONDOS S.A.** (f. 1 a 2 Archivo 20 ED).

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda visible a folios 3 a 24 Archivo 03 ED, así como en las contestaciones a la demanda militantes a folios 47 a 67 Archivo 07 ED (Porvenir), folios 9 a 19 Archivo 08 ED (Colpensiones), folios 2 a 36 Archivo 10 ED (Protección), folios 3 a 14 Archivo 11 ED (Skandia), folios 3 a 16 archivo 13 ED (Mapfre) y a folios 2 a 15 Archivo 22 ED (Colfondos).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 141 del 6 de julio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante, en primer lugar, a **COLFONDOS**, y posteriormente a **PROTECCIÓN S.A. SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, como si nunca hubiese ocurrido el traslado, habiendo permanecido siempre en el RPMPD. En consecuencia, ordenó a dichas entidades devolver a **COLPENSIONES** “(...) todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio. (...)”. Finalmente, condenó en costas a **COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de dos (2) SMLMV para las tres (3) primeras, y la cifra equivalente a cuatro (4) SMLMV a cargo de la última.

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

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

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

En relación con el llamamiento efectuado por **SKANDIA S.A.** a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, explicó que no había mérito para condenar a la aseguradora, en razón a que el porcentaje de gastos de administración recibido por las AFP debe ser reintegrado con cargo a su propio patrimonio, pues las consecuencias de la falta de

información de esta no pueden ser asumidas por la entidad aseguradora, aunado a que el amparo del contrato de seguros se cierne al pago de una suma adicional que se requiriera con el objetivo de financiar una eventual pensión de invalidez o sobrevivencia, riesgos en los que no se cuenta la ineficacia del traslado estudiada.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **SKANDIA S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, en síntesis, para el momento de la afiliación de la demandante no había obligación de dejar constancia escrita de la información brindada, como tampoco se exigía hacer comparativos o proyecciones pensionales, o siquiera dar cuenta de ventajas o desventajas, precisando que esta últimos en realidad no existen, ya que en realidad se presentan son beneficios diferenciales o equivalentes. En ese sentido, expresó que conforme el Estatuto Orgánico Financiero solo debía informarse las características del régimen de ahorro consagradas en la Ley 100 de 1993, de las cuales no podía alegar desconocimiento la demandante, pues incluso realizó varios traslados entre fondos del RAIS, configurando con estos lo que la Jurisprudencia ha denominado actos de relacionamiento que convalidan su voluntad de permanencia en la AFP.

Añadió que en interrogatorio la accionante informó su conocimiento sobre aspectos del régimen como la generación de rendimientos, aportes y su depósito en una cuenta de ahorro individual. Por último, dijo sobre los gastos de administración que estos tienen la finalidad de generar una serie de rendimientos económicos reflejados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que, de ordenarse su devolución junto a los rendimientos, redundan en un cobro de lo no debido, aduciendo que estos gastos también son cobrados en el RPMPD.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** expuso en su recurso que pese a no haber sido la entidad con la cual se materializó el primer traslado de la demandante, al momento de la afiliación de la demandante cumplió con su deber de información, brindándole una asesoría verbal sobre las características del régimen de ahorro, sin que pueda exigírseles el cumplimiento de deberes surgidos con posterioridad a la afiliación de la demandante, como por ejemplo, proyecciones pensionales, en tanto la única constancia escrita exigida era el formulario de afiliación, prueba suficiente de la asesoría que, de no ser tenida como tal, deben advertirse los actos de relacionamiento derivados de los múltiples traslados de la demandante en el RAIS, quien además informó sobre la asesoría recibida en aspectos como la existencia de una cuenta de ahorro individual, aportes, su heredabilidad y el recibimiento de extractos, actuaciones que denotan su conocimiento sobre las particularidades de este régimen pensional, sumado a que no regresó a **COLPENSIONES** a pesar de haber tenido la oportunidad, y solo viene a reclamarlo ad portas de configurar el derecho a la pensión, pasando por alto también que el deber de información es de doble vía, y en ese caso, debió asistir informada al acto de afiliación o hacer las preguntas debidas al asesor, al tener la calidad de consumidora financiera.

De otro lado, manifestó que al declararse la ineficacia todo vuelve al estado anterior, lo que lleva a entender que no hubo aportes, estos no fueron administrados, y mucho menos generaron rendimientos, siendo improcedente ordenar su devolución. Además, arguyó su oposición a la devolución de los gastos de administración, pues insiste, la afiliación de la actora fue válida, ajustándose a la normatividad vigente, agregando que la decisión tampoco es apegada a las restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, en la medida en que no puede obligársele a devolver un bien junto a los recursos invertidos para incrementarlos. Finalmente, expuso frente a los gastos de administración, que estos tienen destinación y utilidad específica conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en ningún momento financiaron algún tipo de prestación, razones por las que, reitera, no procede su devolución.

Por su parte, el apoderado de **PROTECCIÓN** afirmó que el descuento por gastos de administración está autorizado desde el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales han sido utilizados para financiar el sistema de pensiones en el RAIS, siendo necesarios en la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, con lo que se generaron rendimientos. De igual forma, expuso que, por los efectos de la ineficacia declarada, al tenor del artículo 1746 del Código Civil, únicamente procede la devolución de los gastos de administración, una vez el afiliado retorne los rendimientos. Por otra parte, expresó que, en relación con la prima de las aseguradoras, fue un descuento realizado por autorización legal, girado a la aseguradora prestante del servicio, quien actúa como un tercero de buena fe, sin que en el plenario esté configurada una situación invalidante o de sobrevivencia que activara el seguro, motivo que hace inviable retornar suma adicional alguna.

Por último, la apoderada de la llamada en garantía **MAPFRE** refirió su disenso parcial con la decisión, en lo atinente a que no se condenó en costas a **SKANDIA S.A.**, pues al formular el llamamiento la entidad debió emprender su defensa, incurriendo en una serie de gastos para ello, y al haberse absuelto de lo pretendido por dicha AFP, debió ser condenada en costas.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 13 de diciembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados COLPENSIONES, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado o afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las demás administradoras demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración. Por último, la Sala estudiará la procedencia de la condena en costas solicitada por la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** a cargo de **SKANDIA S.A.**

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones ente los años 1992 y 1994, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.** el 8 de abril de 1994 (f. 17 Archivo 22 ED y f. 69 Archivo 07 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la señora **CLARA ISABEL ESTELA GÓMEZ** se trasladó el 2 de octubre de 1995 a la **AFP ING** hoy

PROTECCIÓN S.A., de ahí hacia **SKANDIA S.A.** el 21 de septiembre de 1998, y por último a **PORVENIR S.A.** el 30 de octubre de 2007, entidad a la que encuentra afiliada en la actualidad (f. 15 Archivo 11 ED y f. 68 a 91 y 96 Archivo 07 ED).

- (iii) Que el 19 de febrero de 2021 la accionante radicó formulario de afiliación a **COLPENSIONES**; no obstante, a través de comunicación de la misma fecha la entidad negó tal solicitud (f. 19 a 20 Archivo 04 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses.

No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas los formularios de afiliación de la demandante a **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** (f. 17 Archivo 11 ED y f. 96 Archivo 07 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019),.

De ahí que no puede pretenderse, como lo insinúan los fondos apelantes en su recurso, que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Adicionalmente, es importante poner de relieve que si bien la demandante en su interrogatorio (Min. 00:15:15 a 00:23:19 Archivo 35 ED), expuso haber recibido información de la existencia de una cuenta de ahorro individual, la realización de aportes, y la generación de una rentabilidad, siendo este uno de los puntos cruciales para la decisión de su traslado, también emerge que al ser indagada por el Juzgador sobre aspectos tangenciales como la asesoría sobre la diferencia entre uno y otro régimen con la debida ilustración de las ventajas o desventajas, capitales a acumular, retractsos o asesorías posteriores, negó haber recibido datos al respecto, por lo que no puede considerar, a partir de una asesoría incompleta que solo buscaba cautivar al potencial afiliado para efectuar el cambio régimen pensional, una voluntad debidamente ilustrada sobre todas las consecuencias de esta determinación, o al menos de ello no obra prueba en el expediente.

Resáltese que, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad para el afiliado.

Valga anotar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de 20 años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la afiliada se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, 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).

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

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 de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, 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 completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por el apoderado de dicha entidad.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de las apelaciones, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por las AFP **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículos 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrados allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Finalmente, en cuanto a los argumentos esbozados por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** relativos a que **SKANDIA** debió ser condenada en costas en razón

a la falta de prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía propuesto por aquella, considera la Sala que le asiste razón a la recurrente, pues al tenor del numeral 1° del artículo 365 CGP, a la AFP en comento le fue resuelto de manera desfavorable el contenido pretentivo del llamamiento formulado con el fin de que la entidad de seguros asumiera las eventuales condenas concernientes a la devolución de la prima de seguro previsional contratadas, resultado que la hace merecedora a la imposición de este concepto procesal. Por consiguiente, habrá de adicionarse la Sentencia apelada, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a la administradora en comento, y a favor de la sociedad aseguradora.

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

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

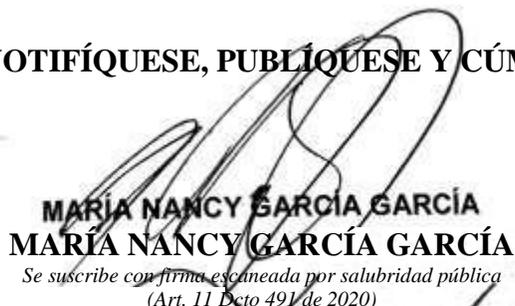
PRIMERO: ADICIONAR la Sentencia No. 141 del 6 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** en costas de primera instancia a **SKANDIA S.A.** y en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, ante la falta de prosperidad del llamamiento en garantía.

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

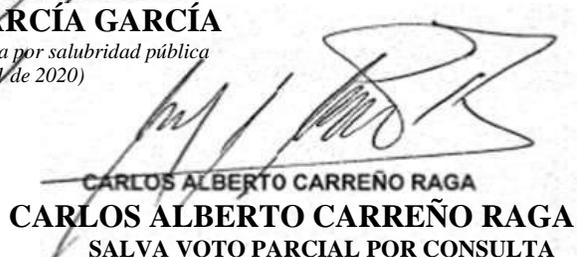
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de estas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA