

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA ROSARIO CABRERA DE VALENCIA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-017-2020-00335-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.258

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia No. 193 del 24 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ADRIANA MARÍA MARTÍNEZ CUARTAS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia 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 a **PORVENIR S.A.** devolver todos los aportes, bonos pensionales y demás emolumentos que estén en su poder. **3)** Que sea aceptada en el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. **3)** Luego, solicitó a título de indemnización se ordene trasladar el mayor valor del ahorro que en el régimen de prima media con prestación definida se hubiese generado en caso de su permanencia, así como los intereses moratorios sobre las sumas que se trasladen, **4)** Finalmente, deprecó condenar a las demandadas al pago de las costas procesales.

A través del Auto No. 1632 del 16 de julio de 2021, se ordenó por el Juez de Instancia integrar al contradictorio a **SKANDIA S.A.**, como quiera que la hoy demandante también había estado afiliada a dicha administradora del régimen de ahorro individual (Archivo 20 ED).

Así mismo, es menester poner de presente que a través de auto No.2356 del 22 de septiembre de 2021 se admitió el llamamiento en garantía propuesto por **SKANDIA S.A.** contra **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 25 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 y su subsanación visibles a folios 1 a 14 y 3 a 16 Archivos 03 y 07 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 2 a 32 Archivo 18 ED (Porvenir S.A.), folios 2 a 12 Archivo 19 ED (Colpensiones), folios 2 a 11 Archivo 24 ED (Skandia S.A.) y folios 4 a 23 Archivo 28 ED (Mapfre).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 193 del 24 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizada por la demandante, en primer lugar, a **PORVENIR S.A.**, después a **SKANDIA S.A.**, y finalmente a la primera de las entidades mencionadas, disponiendo su retorno al RPMPD.

En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** “(...) el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA ROSARIO CABRERA DE VALENCIA**, de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al patrimonio propio de **PORVENIR S.A.** y por todo el tiempo que permaneció afiliada la demandante con esa entidad (...)”. Así mismo, ordenó a **SKANDIA S.A.** trasladar los gastos de administración recibidos durante el tiempo de la afiliación de la demandante a esta entidad.

De igual manera, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa formulada por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** frente a las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía formulado por **SKANDIA S.A.**

Fundamentó su decisión en que, a su criterio, la afiliación de la actora al RAIS fue ineficaz por violación al consentimiento informado, dado que la decisión de trasladarse a ese régimen no se observa libre y voluntaria como lo señala la normativa pertinente, lo que implica que deba regresar al RPMPD con todos los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual. Para arribar a esta conclusión, señaló que desde el inicio del Sistema General de Pensiones el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, por lo cual se expidió el Decreto 692 de 1994 que en su artículo 11 detalló como se daba la afiliación, previa suscripción de formulario, aunado a que el artículo 271 de la Ley 100 protege aquella libertad de escogencia, la cual, no surtirá efectos de no cumplirse.

Frente a esto último, aseguró, debe estar precedida del consentimiento informado, que no es otra cosa que el discernimiento sobre las condiciones del sistema, expuestas de manera transparente, permitiéndole al afiliado elegir la opción que mejor se acomode a sus intereses, destacándose de esta información un elemento determinante de la voluntad del afiliado, pues quien no tiene los datos necesarios se obligará contractualmente sin tener la conciencia de las características del contrato que celebra, con las nefastas consecuencias de afectar su futuro pensional, cuestión que abordada por la Jurisprudencia Especializada, que ha señalado el deber que tienen los fondos de acreditar que brindaron la información suficiente, sin que baste para ello el formulario suscrito, en tanto deben demostrar una asesoría completa sobre ambos regímenes (SL1452-2019 SL3341-2021), obligación que ha existido para estos desde su creación, aspecto que no puede descargar en el afiliado conforme se desprende del Decreto 663 de 1993, a quien deben advertirse, incluso las consecuencias negativas de su decisión.

En ese sentido, consideró que en el asunto estudiado el traslado de la demandante a las AFP accionadas se dio con violación del consentimiento informado, toda vez que no

milita prueba en el plenario que permita evidenciar que durante el traslado inicial, así como en los horizontales, la actora hubiere recibido toda la información adecuada, clara y coherente que le permitiera tomar una decisión consciente y acorde a sus intereses, por lo que dichos traslados resultan ineficaces, con el consecuente regreso al RPMPD.

Luego, y frente a los intereses moratorios deprecados aplicados sobre el capital ahorrado en la cuenta de la actora, adujo que no era procedente lo solicitado, pues tal como se explica a lo largo de la providencia los únicos valores a reintegrar son los existentes en la cuenta del demandante junto con sus rendimientos, agregando que ante la pérdida del poder adquisitivo que pueda generarse sobre estos emolumentos es con los gastos de administración, que también debe restituirse, que se aminora esta situación.

Frente a la recuperación del régimen de transición, expuso que como en el proceso no se estaba debatiendo el reconocimiento de la prestación de vejez, esto debe ser estudiado al momento en que la demandante presente la reclamación administrativa, aclarando que el retorno al RPMPD se da con todos los derechos inherentes a la vinculación a dicho sistema.

Respecto a la excepción de prescripción propuesta, adujo que no era posible aplicarla, ya que lo pretendido es el retorno de los aportes pensionales que van íntimamente ligados al derecho pensional, derechos que gozan de la garantía de imprescriptibilidad.

En relación con el llamamiento efectuado por **SKANDIA S.A.** a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, explicó que, de acuerdo con los efectos de la ineficacia del traslado, uno de estos es el reintegro de los valores que debió recaudar el RPMPD en el evento en que no se hubiere dado el traslado como tal, es decir, el valor íntegro de las cotizaciones conforme lo señalado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, entre estos, los gastos de administración, como consecuencia de la conducta indebida de las AFP, quienes deben asumir las mermas del capital. Con base en ello, resaltó que no es desconocido que un 3% es destinado al pago de primas de seguro previsional por contingencias de invalidez o sobrevivencia, recursos que la Jurisprudencia ha señalado que también deben ser devueltos por la entidad de pensiones, y no por la aseguradora respectiva, generándose la falta de legitimación en la causa en este sentido.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, en síntesis, que la negativa para aceptar el traslado de la demandante al RPMPD se dio en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente, precisamente la prohibición expresa de la Ley 797 de 2003, relativa a impedir el traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, explicación a partir de la cual solicita la revocatoria de la sentencia, aduciendo también, que no se logró demostrar que el acto jurídico celebrado para llevar a cabo su traslado al RAIS carezca de legalidad y validez, sin que se pueda tener en cuenta el argumento presentado por la parte activa referente a que en el RPMPD pueda tener una mesada pensional de mayor valor que el régimen de ahorro individual, negando ahora que firmó su afiliación de manera libre y voluntaria.

Además de lo anterior, sostuvo la togada en su recurso de alzada, que, de permitirse el traslado de régimen sin el lleno de los requisitos legales, atentaría contra la sostenibilidad del sistema, pues está demostrado que durante mucho tiempo **COLPENSIONES** no ha administrado los recursos de la actora. De igual forma, solicita se revoque la condena en costas impuesta a su defendida ya que aquella no tuvo injerencia en la decisión que tomó la señora **MARÍA ROSARIO CABRERA DE VALENCIA** de trasladarse de régimen pensional.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, refiere que si bien es cierto la parte activa alega la ocurrencia de un vicio del consentimiento para que se declare la ineficacia del traslado, esto se queda en simples afirmaciones, carentes de todo sustento legal, pues estos vicios, error, fuerza o dolo, no fueron probados durante el proceso, por el contrario la prueba adosada, especialmente el formulario de vinculación suscrito, enseña que sí fue suministrada la información pertinente, además dentro de la oportunidad legal no se hizo uso del derecho al retracto con el que contaba conforme lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 y tampoco manifestó su deseo de regresar al RPMPD en los términos del Decreto 3800 de 2003.

De otro lado, expuso que acorde con las normas vigentes para la época en que se realizó el acto jurídico no les eran exigible a los fondos privados la obligación de brindar una asesoría e ilustración del monto de la mesada pensional, situación que solo vino a ser regulada a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015.

De igual forma, pretende se dé por probada la excepción de prescripción propuesta, pues lo debatido no versa sobre la adquisición de la pensión de vejez, sino sobre la ineficacia del traslado pensional, con el objetivo de obtener un aumento en el monto de la prestación a reconocer; agregando que, al declararse la ineficacia mentada, todo volvería a su estado original y los rendimientos que se generaron deben compensarse con los gastos de administración que se ordenan devolver. Finalmente, solicita se revoque también la condena en costas y agencias en derecho impuesta en su contra.

A su turno, la mandataria de **SKANDIA S.A.** adujo que esta entidad cumplió con el deber de información para con la demandante, atendiendo a la normativa vigente para la época en que se llevó a cabo el acto jurídico del traslado de régimen, advirtiendo que no se puede darse una aplicación retroactiva a la legislación, lo que demuestra que sí se cumplió con los requisitos legales para llevar a cabo esta afiliación, pues fue solo hasta el mes de julio de 2010 donde se estableció la obligación legal a cargo de las AFP de informar por escrito de los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión de vejez, siendo entonces perfectamente viable que la asesoría fuese brindada de forma verbal, sin que esto le reste transparencia y deje de ser completa y veraz, además de que la suscripción del formulario se hizo de manera consciente, espontánea y sin ningún tipo de coacción.

Acto seguido, sostuvo que la acción para reclamar la ineficacia esta prescrita, en atención a los artículos 1750 del C.C., 488 del CST y 151 del CPTSS, pues lo que se discute es la ineficacia del acto y no el reconocimiento del derecho pensional.

Por último, enseña su oposición a la devolución de los gastos de administración, pues a la luz del concepto de restituciones mutuas dispuesto en el artículo 1746 C.C., no hay lugar a devolver estos emolumentos, rubros que deben entenderse como la pérdida que cada una de las partes debe asumir dentro del acto jurídico suscrito.

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 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en términos los apoderados de Colpensiones, Skandia, Mapfre, parte demandante y Porvenir S.A., los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 09 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 **PORVENIR 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 si hay lugar a revocar la condena en costas impuestas a **COLPENSIONES** y **PORVENIR 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 2000, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** el 25 de mayo del 2000 (f. 12 a 18 y 80 Archivos 02 y 18 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, la señora **MARÍA ROSARIO CABRERA DE VALENCIA** se trasladó el 01 de septiembre de 2008 a **SKANDIA S.A.**, y, posteriormente, el 17 de agosto de 2010 pasó a **HORIZONTE S.A.** retornando nuevamente a **PORVENIR S.A.** el 01 de enero de 2014 entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 56 y 79 y 96 Archivos 24 y 18 ED).
- (iii) Que la demandante solicitó a **PORVENIR S.A.**, entre otras cosas, acceder a su traslado al RPMPD; petición negada por la entidad en mención en comunicado del 09 de octubre de 2019 (f.91 a 95).
- (iv) Así mismo, presentó reclamación administrativa a **COLPENSIONES** pidiendo la nulidad de su traslado al RAIS, reclamo despachado desfavorablemente a través de oficio del 25 de septiembre de 2019 (f. 38 a 40 Archivo 02 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 pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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, el certificado Siafp de Asofondos y el formulario de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A. (f. 80 y 56, Archivos 18 y 24 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces 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 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.

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 a la posible afiliada, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría 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.

En igual sentido, 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, la omisión de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se interrogó a la demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar a la usuaria 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 a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad para el afiliado.

Valga anotar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS un poco más de dos (2) décadas, 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).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente

cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con esta, 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 la asegurada 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 a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento 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 **SKANDIA S.A.**, y **PORVENIR S.A.**, con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por 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).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, y **SKANDIA S.A.**, pues pese a lo señalado en la alzada, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos, circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de **PORVENIR S.A.** en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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 lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entienden los apoderados de dichas entidades.

Es por lo anterior que se confirmará la Sentencia de primera instancia. Como se resolvieron de forma desfavorable los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES**, **PORVENIR 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: CONFIRMAR la Sentencia No. 193 del 24 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, **PORVENIR 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

SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

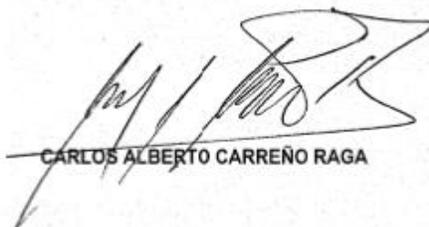
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA ROSARIO CABRERA DE VALENCIA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
LLAMADA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICADO	76001-31-05-017-2020-00335-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:
Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0b37d05f12ec713bd88695b3630300dc7363eafd10f50a21a9cb0c6e1c65474c**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:43 PM

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