



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADA PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLAUDIA TERESA RINCÓN** contra **COLPENSIONES Y OTROS.**

EXP. 76001-31-05-004-2020-00385-01

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, en contra de la sentencia n°. 231 del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 403

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y, Skandia S.A., y, en consecuencia, se ordene el traslado de régimen al de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, con todos sus ahorros producto de los rendimientos que se hubieren generado, gastos de administración y bonos pensionales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de septiembre de 1966, es decir, que actualmente tiene 54 años de edad; que estuvo afiliada en el extinto ISS hoy Colpensiones, desde el 07 de junio de 1989 hasta el 31 de enero de 1995, cotizando un total de 192.57 semanas en ese régimen; que el 26 de enero de 1995, se trasladó a Colfondos S.A., sin recibir asesoría alguna sobre los beneficios o desventajas de ambos regímenes y, posteriormente se trasladó al fondo de pensiones Skandia S.A., fondo en que se encuentra actualmente.

Indicó que, el 12 de septiembre de 2020, diligenció y presentó formulario de anulación del traslado al RAIS y afiliación ante Colpensiones, y mediante oficio del 15 de septiembre de 2020, le informó que se encontraba válidamente afiliada al Rais, por tanto se negó la petición.

Que el 13 de octubre de 2020, solicitó ante Colfondos S.A., la anulación del traslado al Rais y el 27 de octubre de 2020, Colfondos le negó la solicitud; así mismo, solicitó a Skandia S.A. la anulación

del traslado de régimen al de prima media y el 4 de noviembre de 2020, le respondieron negativamente. (Doc. 03)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, indicó que para la época en que la parte demandante se trasladó de régimen pensional, Colpensiones no había entrado en operación, y en todo caso, de la documental que se adjunta se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado. En ese orden, es claro que debe probarse la nulidad de la afiliación y los vicios del consentimiento que mediaron para ello, situación que no aflora en el caso de autos.

Sumado, que para la fecha de la solicitud de traslado al régimen de prima media, la señora Claudia Teresa, contaba con 54 años de edad, razón por la cual, no era procedente su solicitud por contar con menos de 10 años para obtener la pensión de vejez.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación; Prescripción; Buena Fe; Imposibilidad Jurídica para Cumplir lo Pretendido y; la innominada.*» (Doc. 10).

SKANDIA S.A., se opuso a las pretensiones, manifestó que la vinculación de la actora a Colfondos S.A., fue libre e informada, luego que recibiera información de manera, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, garantizándole de igual manera, el derecho a retracto.

Por último, propuso las excepciones de «*Prescripción; y; Cobro de lo No Debido*», y solicitó el llamamiento en garantía contra la aseguradora Mapfre Colombiana Vida Seguros S.A. (Doc. 12)

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, se opuso a las pretensiones, señaló que las administradoras convocadas a este juicio si brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, las diferencias entre el Rais y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen; sumado, que la actora no aportó prueba alguna que permita demostrar que la vinculación a la AFP Colfondos, fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y la demandante suscribió el formulario de vinculación al Rais de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el art. 11 del Decreto 692 de 1994; aunado que no hizo uso de su derecho de retracto, confirmando su deseo de estar en este régimen.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominada «*Inexistencia de la Obligación; Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva; Buena Fe; Innominada o Genérica; Ausencia de Vicios del Consentimiento; Validez de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (...)*»

Por auto n.º. 1198 del 31 de agosto de 2021, el Juzgado admitió el llamamiento en garantía presentado por Skandia S.A. contra la aseguradora Mapfre Colombiana Vida Seguros S.A. (Doc. 16)

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones y propuso las

excepciones de mérito «*Las Planteadas por la Entidad que Formuló el Llamamiento en Garantía; Inexistencia de Vicios que Nuliten o Sustenten una Declaratoria de Ineficacia Respecto del Traslado del Actor al Fondo de Pensiones Administrado por Skandia; Falta de Legitimación en la Causa por Activa para Formular el Llamamiento en Garantía; Inexistencia de Cobertura (...)*» (Doc. 18)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 231 del 5 de septiembre de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante señora CLAUDIA TERESA RINCÓN realizada en COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Igualmente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en la SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, la afiliada, señora CLAUDIA TERESA RINCÓN SÁNCHEZ, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la demandante,

señora CLAUDIA TERESA RINCON SÁNCHEZ en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, esto último a cargo de su propio patrimonio. CUARTO: ORDENAR a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio del periodo que estuvo afiliada la señora CLAUDIA TERESA RINCÓN SÁNCHEZ en dicha administradora.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que reciba de la SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la totalidad de lo ahorrado por la demandante, señora CLAUDIA TERESA RINCON SÁNCHEZ en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, esto último a cargo de su propio patrimonio. Ordenando también a COLPENSIONES que afilie a la demandante nuevamente en dicha entidad, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que reciba de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, debidamente

indexado y a cargo de su propio patrimonio del periodo que estuvo afiliada la señora CLAUDIA TERESA RINCÓN SÁNCHEZ en dicha administradora.

SÉPTIMO: NEGAR las pretensiones del llamamiento en garantía formuladas por SKANDIA S.A. en contra de MAPFRE S.A.OCTAVO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta, sino fuera apelada esta sentencia, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.NOVENO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a la suma de\$900.000por concepto de costas procesales; a SKANDIA S.A. a la suma de\$900.000por concepto de costas procesales y a COLPENSIONES a la suma de \$300.000por concepto de costas procesales.

Como fundamento de su decisión el A-quo, manifestó que de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es a los fondos de pensiones quienes tienen la obligación de demostrar que brindó una información completa y clara que permita a los afiliados decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería el mejor, para concluir, que la administradora del RAIS demandada no demostró esa asesoría brindada a la demandante ilustrándola de todos los componentes de la decisión de trasladarse de régimen, información que debió otorgarse desde el momento previo de la afiliación en términos que pudieran ser entendidos por esta, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiendo la entidad padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 28, min. 47:36 a 1:16:03)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, apeló la sentencia, con el argumento que ese fondo en todo momento actuó de buena fe, razón por la cual, solicitó reevaluar la condena en costas; seguidamente, solicitó que no solo debe trasladarse los aportes, sino las semanas cotizadas, porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima y bonos pensionales, pues, deben trasladarse todos los rubros entre otros las primas provisionales para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, todos estos valores debidamente indexados; así como también, todos los recursos con sus rendimientos que generó la afiliada al Rais. (Doc. 28, min. 1:16:36 a 1:18:42)

SKANDIA S.A., recurrió la sentencia en lo que tiene que ver con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y las restituciones mutuas, toda vez, que afirmó que actuó de buena fe recibiendo la solicitud de vinculación de la actora como consecuencia de un traslado horizontal entre la administradora del mismo régimen pensional, por lo que desconocía la información que le brindó un tercero frente al traslado que realizó la demandante.

Así mismo indicó, que le brindó toda la información de los canales virtuales, números telefónicos y demás formas para que la actora contara con toda la información veraz y suficiente para conocer las consecuencias del traslado; sumado a que la actora, no solo se trasladó a Colfondos S.A, sino que se vinculó con ese fondo lo que denota la intención de la demandante de pertenecer a ese régimen.

En cuanto las condenas ordenadas por el a-quo, manifestó que se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, la cual desde la fecha del traslado no ha realizado ninguna gestión de administración de los aportes realizados por la actora y a su vez un detrimento a su patrimonio; que los gastos de administración son un mandato legal, razón por la que no es

procedente acceder a la devolución de los mismos a Colpensiones; así mismo, los seguros de previsión, toda vez, que estos ya cumplieron con su objeto que no era más que proteger a la actora mientras estuvo afiliada a ese fondo de cualquier contingente de invalidez. (Doc. 28, min. 1:19:319 a 1:23:15)

El presente asunto, se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 506 del 20 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los apoderados de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la contestación de la demanda y la alzada, los cuales pueden ser consultados en los archivos 04 a 06 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo el marco funcional atrás reseñado (art. 66ª CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si se demostró en el plenario que Colfondos S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno de prescriptivo de la acción y si hay lugar de exonerar en costas a Colpensiones; así mismo, se estudiará el concepto de restituciones mutuas.

Se tiene como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta litis los siguientes:

Claro lo anterior, no fue motivo de controversia que: *i)* la demandante nació el 20 de septiembre de 1966 (Doc. 01, fl. 88); *ii)* que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 7 de julio de 1989, y estuvo cotizando en ese régimen hasta el 31 de enero de 1995 (Doc. 01, fl. 87); *iii)* que el 26 de enero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., afiliación que se hizo efectiva el 1 de febrero de 1995 (Doc. 06, fls. 89 y Doc. 12, fl. 38), y el 12 de junio de 2014 se mudó a Skandia S.A., fondo en el que se encuentra actualmente.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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, formato de afiliación y/o traslado expedido por Colfondos S.A. y Skandia S.A., Bono Pensional, Historia Laboral expedida por estos fondos y Colpensiones (Dtos. 6, 10, 12 y 13), nada puede extraerse sobre la información brindada a la demandante respecto de 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 la afiliada 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 obligación 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 informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los

Fondos Privados les imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la carencia 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora Colfondos S.A., 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 al afiliado (a) 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.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliado al RAIS más de veinte (20) años, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la demandante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y re asesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

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

Corolario de lo expuesto estima la Sala 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 ésta, 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 2º 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 la afiliado.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Colfondos S.A., deberá esta AFP, al igual que Skandia S.A., fondo en el que se encuentra actualmente la actora, devolver todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para estas entidades, 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 a los recursos del RPMPD.

Sobre este último tópico, 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 la AFP 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.

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

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

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a Colpensiones, deben incluirse ineludiblemente los citados gastos recibidos por Colfondos S.A., y Skandia S.A., pues pese a lo señalado por la apoderada de Skandia S.A., si bien 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 comentario 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 la administradora del RAIS 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.

Igualmente, 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, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media 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 parte demandante.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo

el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues 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, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en cuanto a la oposición a la condena en costas por parte de Colpensiones, considera la Sala que no le asiste razón en sus argumentos, como quiera que esta imposición simplemente se trata de una consecuencia procesal impuesta a quien termina siendo vencido en la contienda judicial, conforme lo estipulado en el artículo 365 del Código General del proceso, y no reviste la obligación de analizar actuaciones de buena o mala fe, máxime cuando las expuestas fueron anteriores al proceso estudiado. Además, solo basta con revisar el curso del proceso para advertir sin mayor dificultad, su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito.

En consecuencia, se confirmará la sentencia n.º. 231 del 5 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 231 del 05 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
En ausencia justificada