



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Seis (06) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001-31-05-013-2021-00057-01
Juzgado de origen:	Trece Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Eduardo Quintero Rodríguez
Demandados:	– Colpensiones – Porvenir S.A. – Skandia S.A.
Llamamiento en garantía:	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Decisión:	Adiciona y confirma la sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	337

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones y Skandia S.A., contra la sentencia No. 240 emitida el 06 de septiembre de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de esa misma entidad.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la ineficacia y la vinculación que hizo del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- en Skandia S.A y Porvenir S.A.. En consecuencia, que se ordene a Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, valor del bono pensional, con todos sus rendimientos, frutos e intereses, sin que haya lugar a descuento por gastos de administración. Se declare que el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en Colpensiones. Asimismo, solicitó lo ultra y extra petita y el pago de las costas y agencias en derecho (Folios 01 a 11– Archivo 02Demanda.pdf).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones, Skandia S.A., Porvenir S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Colpensiones, mediante escrito visible a folios 03 a 21 del Archivo 09 PDF, Skandia S.A., a folios 03 a 14 del Archivo 10 PDF, y Porvenir S.A., el archivo 11 PDF, folios 03 a 27, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir. (Arts. 279 y 280 C.G.P.)

Skandia S.A., llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (folios. 81 a 90 Archivo 10 PDF), quien contestó la demanda en escrito obrante a folios 03 a 20 del Archivo 12 PDF.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No. 240 emitida el 06 de septiembre de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar no probadas todas las excepciones propuestas, por quienes integran la pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la afiliación del señor Eduardo Quintero Rodríguez, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del fondo pensional al que estuvo afiliado, desde Porvenir S.A. y Skandia S.A. **Tercero**, se condena a Skandia S.A., fondo actual a transferir a Colpensiones, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante Eduardo Quintero Rodríguez, con sus rendimientos, al igual que los gastos de administración y sumas destinadas al fondo de garantías de la pensión mínima, deben también informar a Colpensiones, la información sobre el IBC los periodos de cotización para contabilizarlos como semanas cotizadas sin solución de continuidad en favor de la aquí demandante. **Cuarto**, se

absuelve a Mapfre S.A. del llamamiento en garantía que realiza Skandia S.A. **Quinto**, consulta la presente sentencia ante el Superior. **Sexto**, se condena en costas a la parte vencida.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información objetiva sobre regímenes, pues la falta de ello genera un engaño, por tal motivo, la carga de la prueba se traslada del demandante al fondo privado. Éste debe probar que efectivamente brindó la información en los términos indicados por la norma y la jurisprudencia.

Señaló que cuando no existe prueba, la consecuencia es la ineficacia del acto jurídico del traslado generando que las cosas vuelvan a su estado inicial. Advirtió que con el solo formulario no demuestra el haber suministrado información suficiente al afiliado al momento del traslado. Por tanto, y dado que no se probó el deber de información, debe declararse la ineficacia del traslado. Reiteró que, de las pruebas allegadas al plenario existen suficientes argumentos de hecho y derecho para declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante. Ordenó por tanto a Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración entre otros.

Finalmente, en cuanto al llamamiento en garantía, indicó que no hay lugar a condena alguna, dado que Skandia S.A., es quien debe asumir dicha condena con su propio patrimonio, y no la aseguradora.

4. La apelación.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Skandia S.A., formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Colpensiones

4.1.1. Pide se revoque la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo indebida o insuficiente información por parte del fondo privado demandado al momento de trasladarse la actora de régimen y posteriormente la firma de formulario de afiliación. Premisas que, le permitieron concluir, no se configuran los elementos que permitan al demandante volver a ser parte del RPM

con prestación definida administrado por Colpensiones, ya que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez en un supuesto engaño. Refirió que, en el caso concreto lo que se evidencia es una variación salarial que conlleva una variación en el monto pensional. Manifestó que, el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado por estar a menos de 10 años de pensionarse y existen elementos notorios que exponían la intención del demandante de permanecer afiliada al RAIS, donde ha efectuado traslados horizontales dentro del mismo.

Pide que de confirmarse la decisión del *A quo* se disponga el traslado de los gastos de administración debidamente indexados. Expuso que, al declarar la nulidad, hay lugar a devolver la totalidad de los aportes y recursos de la cuenta de ahorro individual, cuentas abonadas al fondo de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al seguro previsional y gastos de administración.

4.2. Apelación Skandia S.A.

Como soporte del recurso de apelación aduce que para el momento en que el actor se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad y particularmente a Skandia S.A., éste ya se encontraba en la restricción de la que trata el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, evento que le impedía retornar al régimen de prima media con prestación definida. Advierte que para el momento de darse la vinculación del demandante la normatividad vigente no exigía la realización de proyecciones pensiones. Agrega que el actor ejecutó al interior del régimen de ahorro individual múltiples actos de relacionamiento dado con el traslado horizontal.

Alude que, de acuerdo con el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante contaba con una carrera profesional que le permitía tener conocimiento en relación al traslado que efectuó, además, si la notificación de cambio de régimen se dio ante la posible desaparición del ISS, lo cierto es que una vez se evidenció que para el 2004 dicho Instituto mutó en Colpensiones, al actor debió retornar al régimen de prima media con prestación definida, evento que no aconteció.

No comparte la decisión de primer grado, en lo que atañe a la devolución de gastos de administración y primas de seguros provisionales, pues Skandia S.A., fue un tercero de buena fe en el acto de vinculación, sin que la AFP se encontrara en condiciones de repudiar o rechazar una afiliación que cumpla con los requisitos legales. Agrega que no es posible

la devolución con cargo a sus propios recursos, los gastos de administración, fondos de garantía o el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, rendimientos económicos, pues de lo contrario, resultaría en una condena a un doble pago. Refiere que se debió autorizar la deducción de sus gastos administración con destino a los rendimientos económicos y no como un concepto adicional. Pide se revoque la sentencia. En el evento de confirmarse la misma, se revoque lo referente a la devolución de los gastos de administración.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se pronunciaron, así:

5.1.1. Parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A., Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y Skandia S.A..

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., presentó escrito de alegaciones finales visible a folio 3 a 10, archivo 04 PDF; Porvenir S.A., también lo hizo mediante escrito visible a folio 3 a 04, archivo 05 PDF; Skandia S.A., a través de escrito visible a folio 3 a 5, archivo 06 PDF; Colpensiones presentó alegatos mediante escrito visible a folio 4 a 6, archivo 07 PDF y el actor los radicó con escrito obrante a folios 3 a 5, archivo 08 (cuaderno Tribunal).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2. ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

1.3. ¿Es acertado ordenar a Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos, la devolución de gastos de administración, seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

1.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2. Respuesta a los interrogantes planteados.

2.1 ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad? y ¿la declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva** y al **segundo** interrogante es **negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a los fondos privados demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

2.2. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y

por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: *“deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”*, premisa que implica dar a conocer: *“las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: *“el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* y que el acto de traslado: *“debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

2.3. Caso en concreto.

2.3.1. Para este caso, de las historias laborales de Porvenir S.A.¹, Skandia S.A.² y Colpensiones³, los formularios de afiliación⁴, certificación de Asofondos⁵, resumen historia laboral bono pensional⁶, se desprende que, el accionante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el régimen de prima media con prestación definida – RPM⁷, en el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, del 08 de febrero de 1989 al 31 de marzo de 2004.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual, el día 31 de marzo de 2004 la parte actora se trasladó a la AFP **Porvenir S.A.**, siendo efectivo a partir del 01 de mayo de 2004 al 31 de marzo de 2016. Posteriormente migró a Skandia S.A., con fecha de solicitud el

¹ Pág. 28 a 39 Archivo 11ContestaPorvenir.pdf

² Pág.19 a 33 Archivo 10ContestacionyLlamado.pdf

³ Pág.70 a 77 Archivo02Demanda.pdf

⁴ Pág. 47, 73 Archivo 11ContestaPorvenir.pdf y Pag. 17 Archivo 10ContestacionyLlamado.pdf

⁵ Pág. 75 Archivo 11ContestaPorvenir.pdf Pág. 15 Archivo 10ContestacionyLlamado.pdf

⁶ Pág.34 a 36 Archivo 10ContestacionyLlamado.pdf

⁷ Pág.70 a 77 Archivo02Demanda.pdf

19 de febrero de 2016, la cual se hizo efectiva el 01 de abril de 2016⁸ fondo al que actualmente se encuentra vinculado.

2.3.2. En el escrito de la demanda⁹ el accionante manifestó que al momento de realizar el traslado al régimen de ahorro individual al igual que los diferentes traslados de administradoras tuvo como apoyo la advertencia de que el Instituto de los Seguros Sociales iba a desaparecer. Alude que no recibió la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión de vejez ni se le dio a escoger la modalidad de pago de la misma, no se le informó que podría retractarse de su afiliación y a los derechos que estaba renunciando. Agrega que lo que lo motivó el traslado y permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, fue la inducción en error no sólo ante la falta de presentación o proyección del cálculo del monto de la pensión, sino además, que se le expresó que la mesada pensional sería superior que a la que podía aspirar en el régimen de prima media con prestación definida.

Dígase además que el demandante en interrogatorio de parte indicó que el traslado de régimen lo realizó de manera libre y voluntaria en el año 2004, pero no recibió asesoría respecto de las ventajas y desventajas tendría su traslado de régimen. Refiere se le indicó que el ISS se iba a acabar y por lo mismo se debía realizar el diligenciamiento del formulario. Que posteriormente no retornó al régimen de prima media, por considerar que la afiliación era un tema de procedimiento y por ello sólo lo firmó. Para el año 2004 no sabía la forma de liquidación de la pensión. Actualmente se encuentra realizando aportes al sistema de pensiones. No ha efectuado solicitud de reconocimiento de pensión de vejez o invalidez. (Minuto 0:25:24 a 0:33:56 Archivo 19AudioAudiencia.mp4)

2.3.3. Por su parte las AFP convocadas señalaron en la contestación de la demanda que, al usuario se le proporcionó de manera verbal la información completa del sistema pensional, las principales características y las diferencias de cada régimen. Por lo cual considera, cumplió al momento de la afiliación con todas las obligaciones que para la época le exigía la normatividad vigente, sin que haya existido omisión alguna a sus deberes que generarán la nulidad absoluta de la afiliación del demandante al RAIS. Por tanto, enuncian que la decisión tomada por el actor se hizo de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas. (Folios 03 a 14 del Archivo 10 PDF, y archivo 11 PDF, folios 03 a 27).

⁸ Pág. 75 Archivo 11ContestaPorvenir.pdf Pág. 15 Archivo 10ContestacionyLlamado.pdf

⁹ Folios 01 a 11– Archivo 02Demanda.pdf

2.3.4. Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado, al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por el actor, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debían suministrar las AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que, al actor le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le es atribuible a los fondos privados. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, ha reiterado, como en reciente sentencia SL2953 del 23 de junio de 2021, radicación No. 86267, que:

“Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4373-2020, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho, no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen”. Por tanto, se despacha de manera desfavorable el argumento de la recurrente Colpensiones.

Por otro lado, en sentencia SL2877 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Nótese, además, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Ello, por cuanto el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia (SL2208-2021).

Frente al argumento referente a que se exige una información que no estaba vigente para la data del traslado, deviene señalar que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub lite*. Por lo tanto, se despachará de manera desfavorable los argumentos de las recurrentes.

Por último, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar los fondos privados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del R.P.M., lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que se suministró a la parte actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2. ¿Es acertado ordenar a Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos, la devolución de gastos de administración, seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a

Porvenir S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esa entidad?

La respuesta es **positiva**. Skandía S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, asimismo, gastos de administración, seguros provisionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio. De igual forma, Porvenir S.A. el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a su entidad. En consecuencia se adicionará la sentencia recurrida

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.2.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. La viabilidad de trasladar dichos conceptos, se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852; SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

3.2.2. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a los fondos privados, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que Porvenir S.A. reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

En efecto, frente a la obligación de trasladar los gastos o comisión de administración en proporción al tiempo en que la parte afiliada estuvo vinculada a cada uno de los fondos privados del RAIS, en providencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667, se concluyó que: “...*la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*”.

Finalmente, deviene procedente ordenar la devolución del **porcentaje destinado a constituir al Fondo de Garantía de Pensión Mínima**. Lo anterior, por cuanto el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima (SL2601-2021). Asimismo, es procedente ordenar el reintegro de los valores utilizados en **seguros previsionales**, tal como lo ha dispuesto en sede de instancia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en recientes providencias SL3202-2021 y SL3035-2021.

La jurisprudencia ha decantado que los anteriores conceptos deben ser devueltos de manera indexada. Al respecto, se señaló en sentencia SL3199-2021 lo siguiente:

“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

En consecuencia, se adicionará la sentencia objeto de apelación y consulta.

2.3 ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

La respuesta a este interrogante es negativa. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras, sostiene que la prescripción no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Lo anterior, aplica también para los conceptos que deben ser objeto de traslado por parte del fondo privado.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia sólo en contra de Skandia S.A., al haber prosperado de manera parcial la censura evocada por Colpensiones.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala 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 el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Skandia S.A.** a trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por el *a quo*, los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente **indexados**. Ordenar a **Porvenir S.A.** el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a Skandia S.A. y a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial



Call-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO