



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31 05 001 2023 00073 01
Juzgado de origen:	Primero Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Rubén Darío Gálvez Jaramillo
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - Skandia S.A. - Colfondos S.A.
Llamada en garantía	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto:	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia No.	288

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones, Skandia S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. contra la sentencia No. 080 emitida el 19 de mayo de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por Porvenir S.A. así como las vinculaciones a las administradoras de ese régimen pensional. En consecuencia, se

¹ Archivo 01DemandaAnxos20230217FI174 páginas 2 a 13

ordene **i)** el retorno automático a Colpensiones; **ii)** a los fondos privados la devolución a Colpensiones de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual; **iii)** las costas del proceso.

2. Contestaciones de la demanda y del llamamiento en garantía

Las demandadas (Colpensiones², Skandia S.A.³, Porvenir S.A.⁴ y Colfondos S.A.⁵), dieron contestación a la demanda, escritos que no se estima necesario reproducir, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.).

Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.⁶, aseguradora que dentro del término legal dio contestación⁷, documental que en virtud de los artículos 279 y 280 C.G.P., no se considera necesario reproducir.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la Juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia⁸ referida al inicio de este fallo, en la que decidió: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas; **ii)** declaró la ineficacia del traslado de Colpensiones a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., por ende, para todos los efectos legales el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD; **iii)** ordenó a Skandia S.A. a devolver al sistema todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos causados, porcentaje de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, según el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 de la misma norma, debidamente indexados; **iv)** ordenó a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio conforme al literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 20 de la misma norma, debidamente indexados, por los lapsos en que administraron los aportes del actor; **v)** ordenó a Colpensiones a admitir la afiliación del demandante; **vi)** absolvió a la aseguradora

² Archivo 08ContestacionColpensiones20230314FI52

³ Archivo 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197

⁴ Archivo 10ContestacPorvenir20230316FI62

⁵ Archivo 11ContesColfondos20230317FI54

⁶ Archivo 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197 páginas 93 a 100

⁷ Archivo 17ContestacionMapfre20230503FI76

⁸ Archivo 122ActaAudArt77y80Cptss20230519FI4 <https://playback.lifeseize.com/#/publicvideo/a18c616e-661e-4bcb-8c89-6852d904243b?vcpubtoken=06d14c25-5ed7-490b-91ec-be1ef8449809> minuto 46:02 a 48:18

respecto de cualquier condena impuesta en la sentencia; **vii)** e impuso costas en cuantía de \$1.500.000 a cargo de cada una de las demandadas.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP tiene la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley.

3.3. 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. Los recursos de apelación

Colpensiones⁹ se apartó de la decisión por considerar que, en cumplimiento de los mandatos legales, en particular la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, negó el cambio de régimen pensional cuando el actor lo solicitó, por ello no es dable la condena en costas, máxime cuando la entidad no tuvo injerencia en el traslado inicial de régimen pensional.

Skandia S.A.¹⁰ se opone a la devolución de los gastos de administración indexados y la absolución de la aseguradora, sobre el particular señaló que la declaración de la ineficacia del traslado cuenta con una regulación para la devolución de recursos, en ese sentido, existe una norma que de manera taxativa señala que lo único a retornar son los emolumentos contenidos en la cuenta de ahorro individual, sin que recaiga obligación alguna sobre los gastos de administración. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagra la destinación específica de los gastos de administración, por lo cual estos no obran en las arcas de la AFP, de modo que ordenar su devolución causa un perjuicio económico al fondo de pensiones. La indexación no se solicitó dentro de las pretensiones, por ende, debe revocarse dicha condena, pues ordenarla conlleva a una doble sanción, pues los rendimientos compensan el poder adquisitivo de los gastos de administración. Mapfre tiene en su poder los dineros, por ello la condena dispuesta contra Skandia S.A. debe ser cubierta por la aseguradora, conforme al llamamiento en garantía, debido a la existencia

⁹ Archivo 122ActaAudArt77y80Cptss20230519FI4 <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/a18c616e-661e-4bcb-8c89-6852d904243b?vcpubtoken=06d14c25-5ed7-490b-91ec-be1ef8449809> minuto 48:57 a 50:37

¹⁰ Archivo 122ActaAudArt77y80Cptss20230519FI4 <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/a18c616e-661e-4bcb-8c89-6852d904243b?vcpubtoken=06d14c25-5ed7-490b-91ec-be1ef8449809> minuto 50:47 a 1:00:02

de una obligación legal y contractual. El artículo 1045 del CCo señala la eficacia del contrato de seguro mientras no se pierda el interés asegurable, como en este caso procedió la ineficacia del traslado, dejó de existir el interés asegurable.

Porvenir S.A.¹¹ peticiona se revoque la condena en costas como quiera que no se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los gastos de administración se observa que en las pretensiones de la demanda no se reclama ese concepto, por ende, no procede su condena. Indicó que los gastos de administración no son un derecho fundamental del afiliado, ya que estos no tienen incidencia alguna en el reconocimiento del derecho pensional, son susceptibles de prescripción. Los gastos de administración tienen un origen legal, y en todo caso, si nunca se hubiere cambiado de régimen pensional, en Colpensiones también se habrían causado, constituyéndose un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones que nunca ha administrado ni gestionado los aportes y la historia laboral del afiliado. El artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece el pago de los aportes a la aseguradora de los gastos de administración, en otras palabras, el afiliado se benefició de la cobertura de las posibles contingencias de invalidez y muerte.

Colfondos S.A.¹² discrepa de la orden de retornar los gastos de administración, pues de dicho emolumento se ha destinado la proporción necesaria para cubrir el seguro previsional. Nótese que los gastos de administración se causaron durante todo el tiempo de vinculación del demandante. Por la debida administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual se generaron unos rendimientos, que justifican plenamente el cobro 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 en los términos visibles en los memoriales “04AleMapfre00120230007301”, “05AleColpensiones00120230007301” y “06AlePorvenir00120230007301”.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹¹ Archivo 122ActaAudArt77y80Cptss20230519FI4 <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/a18c616e-661e-4bcb-8c89-6852d904243b?vcpubtoken=06d14c25-5ed7-490b-91ec-be1ef8449809> minuto 1:00:14 a 1:04:27

¹² ¹² Archivo 122ActaAudArt77y80Cptss20230519FI4 <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/a18c616e-661e-4bcb-8c89-6852d904243b?vcpubtoken=06d14c25-5ed7-490b-91ec-be1ef8449809> minuto 1:04:33 a 1:05:37

1. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

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

1.2 ¿Se debe ordenar a Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, retorne los gastos de administración, este último rubro con cargo al patrimonio propio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esas AFP?

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

1.4. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

1.5. ¿Resulta procedente la condena a la llamada en garantía, por las obligaciones objeto de condena emitidas contra Skandia?

1.6. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

2. Respuesta a los interrogantes.

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

La respuesta al **primer** interrogante es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP demostrar que la afiliación de la 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, cuya

consecuencia jurídica sería la nulidad del acto jurídico, por eso se respalda la decisión de la juez de primera instancia.

2.1.1. 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 le 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 seguridad 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, en dicha providencia se puntualizó: *“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.

2.1.2. Caso concreto.

Se desprende de las historias laborales del demandante incorporadas por: Colpensiones¹³, Porvenir S.A.¹⁴, Colfondos S.A.¹⁵, Skandia S.A.¹⁶, historia laboral de

¹³ Archivo 08ContestacionColpensiones20230314FI52 Páginas 18 a 23

¹⁴ Archivo 10ContestacPorvenir20230316FI62 Páginas 14 y 15

¹⁵ Archivo 11ContesColfondos20230317FI54 Páginas 23 a 43

¹⁶ Archivo 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197 Páginas 21 a 57

bonos pensionales¹⁷, la consulta de Asofondos en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión¹⁸ y el formulario de afiliación a la AFP¹⁹, que el demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD, cotizó a través del otrora ISS desde el 8 de octubre de 1981 hasta el 30 de junio de 1995.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante se trasladó a Porvenir S.A. del 1º de julio de 1995 al 31 de diciembre de 1996, data para la cual se vinculó a Colfondos S.A. tornándose efectiva tal vinculación entre el 1º de enero de 1997 y el 30 de septiembre de 2011. A partir del 1º de octubre de 2011 ingresó a Skandia S.A. fondo de pensiones en el que permanece.

En la demanda se argumenta que, en el momento de vinculación a cada uno de los fondos de pensiones, estos se abstuvieron de brindar información acerca del derecho de retracto, el reglamento de funcionamiento y la elaboración de una proyección pensional.

Para la Sala, **Porvenir S.A.** no demostró 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 allegó el formulario de traslado suscrito por el actor, en el que consta 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 debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y la afiliación del accionante al sistema general de pensiones, y a los otros fondos de peniones.

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

¹⁷ Archivo 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197 Páginas 58 a 61

¹⁸ Archivos 10ContestacPorvenir20230316FI62 Página 23, 11ContesColfondos20230317FI54 Página 43 y 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197 Página 62

¹⁹ Archivos 10ContestacPorvenir20230316FI62 Página 19, 11ContesColfondos20230317FI54 Página 21 y 09ContestacYLlamaGtiaSkandia20230316FI197 Página 20

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).

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, dicho argumento se despachará de manera desfavorable.

Frente a este último tópico, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente fallo SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no atenta con el principio de

la sostenibilidad financiera y no le genera a Colpensiones ninguna carga económica imposible de soportar, toda vez que los recursos que debe reintegrar las AFP a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral del a 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 de los traslados, al no haberse demostrado que se suministró a la parte demandante la suficiente información para acogerse al RAIS.

2.2 ¿Se debe ordenar a Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, retorne los gastos de administración, este último rubro con cargo al patrimonio propio? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a esas AFP?

La respuesta es **positiva**. **Skandia S.A.** debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, asimismo, gastos de administración, este último rubro con cargo al patrimonio propio. De igual forma **Porvenir S.A. y Colfondos S.A.** deben trasladar los últimos conceptos por el período en el que el accionante estuvo afiliado a su entidad.

2.2.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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 otras.

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 Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, reintegre su monto a Colpensiones (SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852).

La devolución del rubro denominado gastos de administración en proporción al tiempo en que la demandante estuvo vinculado a las mismas, se ajusta a derecho. 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**”*. Por tal motivo, se confirmará el fallo de primer grado, en tal sentido.

De igual forma, 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.

Asimismo, 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”.

Por último, en lo atiente al reparo plantado sobre la indexación ordenada, si bien en la demanda el actor no solicitó dicha condena, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 359 de 2021, SL 1295 de 2021 y SL 2159 de 2022 es procedente ordenar la indexación oficiosa por cuanto dicha institución no comporta una condena adicional, sino que busca salvaguardar el poder adquisitivo conforme el paso del tiempo debido a que este pierde su valor debido al poder inflacionario, sin que se entienda trasgredido el principio de congruencia entre la demanda y la sentencia judicial.

De modo que se confirmará en su integralidad este punto.

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.

2.4. ¿Es idóneo declarar probada la excepción de compensación en los gastos de administración?

La respuesta a este interrogante es **negativa**. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464-2019 aclaró que la excepción de compensación procede en los casos en que se ha reconocido el derecho principal o se ha pagado la devolución de saldos a la parte actora, en cuyo caso la demandante se aprecia como el deudor del

sistema general de pensiones por adeudar a la entidad administradora los recursos con los cuales se va a financiar su pensión. Por tanto, se despacha de manera desfavorable los argumentos del apoderado judicial de Skandia S.A., se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

2.5. ¿Resulta procedente la condena a la llamada en garantía, por las obligaciones objeto de condena emitidas contra Skandia?

En relación con el llamamiento en garantía formulado por **Skandia S.A.**, es de recordar que al tenor del artículo 64 CGP, esta figura tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

En el caso de marras, **Skandia S.A** llamó en garantía a **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, en virtud del seguro previsional contratado con vigencia del 1º de octubre de 2011 al 31 de diciembre de 2018, con el fin de amparar el pago de las sumas adicionales para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y muerte por riesgo común, vigente desde la fecha en comento²⁰.

Nótese entonces, de acuerdo con lo anterior, que son suficientes los argumentos de la Juez de primera instancia para despachar negativamente las petición de condena en contra de la aseguradora, todo porque los límites contractuales son claros, es decir, se ciernen exclusivamente a que la entidad de seguros concorra a cubrir el pago de la suma adicional requerida para financiar prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las cuales ni siquiera son materia de debate en el actual asunto, dado que la controversia gravitó en verificar la ineficacia del traslado del actor, suceso que, además de haber sido muy anterior a la suscripción de la póliza descrita, y no tener por qué afectar al contratante posterior, tampoco tiene relación con el objeto de la póliza, al no haberse causado el riesgo para el cual se suscribió la misma, de modo que de cara a la disyuntiva surgida es un tercero de buena fe a quien no le son oponibles los efectos la decisión asumida en sede judicial, motivos por los que habrá de mantenerse la decisión inicial.

Ahora, si lo pretendido por la enjuiciada es que al tenor del artículo 1045 del Código de Comercio, se determine la ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato de seguro – interés asegurable-, es menester señalar que la jurisdicción del trabajo no es la

²⁰ Archivo 09ContestacYLLamaGtiaSkandia20230316F1197 páginas 93 a 100

llamada a verificar los requisitos de validez u existencia del contrato, pues, aquella competencia radica en la justicia ordinaria en su especialidad civil.

2.6. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.?

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a **Colpensiones y Porvenir S.A.** es menester indicar que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., este concepto tiene naturaleza netamente procesal. Por ende, su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en ese escenario se define cuál extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de las partes. El actuar precedido de la buena fe y la conducta procesal de la demandada, no sirve de fundamento para exonerar de las costas a la parte vencida, pues la fijación de las costas está sustentada en criterios legales y objetivos (CSJ SL8771-2015) Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *A quo* a la entidad demandada.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A. en favor de la demandante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes, Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA 1ª DE DECISION LABORAL

Magistrado Ponente:
Fabio Hernan Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto parcial a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

3. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico^[1]. “De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”^[2].

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el a-quo, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin^[3]. En efecto, ese grado jurisdiccional “es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P.”^[4].

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia^[5]. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo^[6], norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que “propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”^[7].

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**^[8]:

“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Recurso Extraordinario de Casación

Radicación n.º 87999

Acta 25

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub iudice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «*en lo no apelado*».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran son contrarios a nuestro

ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia **«serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas»**, y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: **«Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación»**, (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado”**

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA