



**Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali**  
**Sala Laboral**

Magistrado Ponente:  
**Fabio Hernán Bastidas Villota**

Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	76001 31050 03 <b>2022 00565 01</b>
<b>Juzgado de origen:</b>	Tercero Laboral del Circuito de Cali
<b>Demandante:</b>	Carlos Ernesto Rodríguez Avendaño
<b>Demandados:</b>	- Colpensiones - Porvenir S.A. -Skandia S.A.
<b>Llamada garantía</b> en	Mapfre Colombia Vida Seguros S A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia No.</b>	<b>201</b>

**I. ASUNTO**

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de la parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A contra la sentencia No. 040 emitida el 23 de marzo de 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**II. ANTECEDENTES**

**1. La demanda.**

Pretende el demandante se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por Porvenir S.A, y Skandia S.A. En consecuencia, se

condene a los fondos privados a trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos; además, la totalidad de los pagos ejecutados por comisión de todo orden, primas a las aseguradoras y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración; la actualización de la base de datos. Finalmente pide lo ultra y extra petita, y las costas del proceso (Flios 05 a 26 Archivo 01 PDF)

## 2. Contestaciones de la demanda y llamamiento en garantía

### 2.1. Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A

Porvenir S.A., mediante escrito visible a folios 02 a 15 del Archivo 05 PDF. Colpensiones a folios 02 a 11 del Archivo 06 PDF y Skandia S.A., a folios 02 a 19 del Archivo 07 PDF, respectivamente, 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. 82 a 89 Archivo 07 PDF), quien contestó la demanda en escrito obrante a folios 03 a 26 del Archivo 08 PDF.

## 3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 040 emitida el 23 de marzo de 2023. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado que hizo el señor Carlos Ernesto Rodríguez Avendaño al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., posterior traslado a Skandia S.A., y a Porvenir S.A., ultimo al que se encuentra afiliado. **Segundo**, Como consecuencia de lo anterior, se ordena a Skandia S.A., y a Porvenir S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay, seguros previsionales, y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta del demandante al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones. **Tercero**, ordenar a Colpensiones que proceda aceptar el traslado del actor del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago, seguros previsionales, y bonos pensionales que se hubiesen emitido que tenga en su cuenta individual. **Cuarto**, absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de todas y cada una

de las pretensiones que elevó en su contra Skandia S.A. **Quinto**, condenar en costas a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. Se absuelve de este rubro a Colpensiones. **Sexto**, consúltese de la presente providencia por resultar adversa a Colpensiones.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, las AFP no suministraron información de manera adecuada y pertinente a la accionante al momento de efectuarse el traslado; no explicó los beneficios, las desventajas y las distintas modalidades pensionales. Que el formulario de afiliación no da cuenta de la voluntad informada. En consecuencia, consideró que, ante esta falencia probatoria, era dable declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

#### **4. La apelación.**

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de la parte demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. formularon recurso de apelación.

##### **4.1. Apelación Colpensiones**

Señala que el demandante cuenta con más de 52 años de edad, y para la época del traslado estaba en pleno derecho de hacer la afiliación. Que no se demostró los vicios del consentimiento, pues se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por lo que no es procedente la ineficacia del traslado. Que se encuentra en una prohibición legal, dado que se encuentra ad-portas de cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Por lo anterior, solicita se revoque el fallo de primer grado.

##### **4.2. Apelación Skandia S.A.**

Señala que la entidad no fue el fondo inicial en el cual se afilió el demandante, pues recibió su vinculación por un traslado horizontal. Que brindó la información suficiente para que el actor comprendiera dicho traslado, y éste lo hizo de manera libre y voluntaria. Advierte que para el momento de la vinculación la normatividad vigente no exigía los formalismos que se exigen en la actualidad. Que el actor también estaba en la obligación de informarse, pues goza de plena capacidad. Aduce que las partes a su arbitrio no pueden modificar las condiciones del mismo; además, ratificó su ánimo de permanecer en el RAIS con los traslados realizados. Que el señor Carlos Ernesto no se trasladó dentro del término legal, y lo quiere realizar cuando se encuentra cercano en adquirir el derecho a su pensión por la diferencia del monto pensional.

No comparte la decisión de primer grado, en lo que atañe a la devolución de **gastos de administración** y las **primas de seguros provisionales**, pues tiene una destinación específica, generaría un enriquecimiento sin justa causa, siendo imposible retrotraer esas sumas, además se pagó a las aseguradoras. Finalmente, dice que no se tuvo en cuenta el llamamiento en garantía, y se opone a las costas. Por lo anterior, pide se revoque la sentencia.

#### **4.3 Apelación parte demandante**

Solicita se modifique la sentencia en el sentido de condenar a Colpensiones en el pago de costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que fue vencida en este proceso de conformidad con el artículo 365 del C.G.P. Que las excepciones propuestas por la entidad fueron desatendidas, por lo que debe ser condenada como se hizo con las demás entidades.

#### **4.4. Apelación Porvenir S.A.**

Solicita se modifique la condena frente **a los gastos de administración**, por cuanto si el demandante no se hubiera trasladado se le cobraría este concepto en el RPM. La entidad realizó una buena administración; además, en el interrogatorio se evidencia que su elección fue libre y voluntaria y no medió asesoría. Finalmente se fundamenta en el artículo 1745 del C.C. frente a las restituciones mutuas. Por lo anterior pide se revoque lo antes expuesto.

### **5. Trámite de segunda instancia**

#### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron, así: Mapfre Colombia Vida Seguros S A. en Archivo 04PDF. Skandia S.A. en Archivo 05PDF. Colpensiones en Archivo 06PDF y Porvenir S.A. en Archivo 07PDF, respectivamente (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 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, retorne los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Skandia S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?

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

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

1.5. ¿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 del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?**

La respuesta es **positiva**. Fue acertada la decisión de la *A quo* al declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a las AFP 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, 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 la historia laboral del demandante incorporada por Colpensiones<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Flíes 120 a 126 Archivo 06 PDF

Porvenir S.A.<sup>2</sup>, Skandia S.A.<sup>3</sup>, de la consulta SIAFP<sup>4</sup>, de los formularios de afiliación<sup>5</sup>, y de la certificación de bonos pensionales<sup>6</sup>, que ha estado vinculado 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 14 de mayo de 1986 hasta el 30 de abril de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante se trasladó de la siguiente manera:

**LA ASOCIACION COLOMBIANA DE ADMINISTRADORAS DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

**INFORMA QUE:**

En el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP), administrado por esta Asociación, el (la) señor(a) **CARLOS ERNESTO RODRIGUEZ AVENDAÑO** identificado(a) con cédula de ciudadanía (CC) No. 79108459, figura como afiliado(a) a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR, desde el once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009). Y presenta los siguientes registros en este régimen.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	1997-04-28	PORVENIR	COLPENSIONES	1997-06-01	2008-11-30
Traslado fondo	2008-10-31	SKANDIA	PORVENIR	2008-12-01	2009-12-31
Traslado fondo	2009-11-11	PORVENIR	SKANDIA	2010-01-01	

(Cuadro con historial de vinculaciones ordenado por fecha de afiliación)

En la demanda se argumenta que, no se le explicó las condiciones de la afiliación, ni muchos menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas de la afiliación en un régimen de ahorro individual y el régimen de prima media.

Asimismo, en su interrogatorio de parte, el actor señaló que suscribió el formulario de afiliación. Que se trasladó a Porvenir S.A., por sugerencia de la empresa donde labora. Que no tenía conocimiento que lo ahorrado en su cuenta le generaría rendimientos. Que desea trasladarse porque la mesada pensional sería inferior en el RAIS, siendo más favorable en Colpensiones (mto 35:39 a 38:05 Archivo 16AudiencialInicialTramiteJuzgamiento.pdf)

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado al demandante la

<sup>2</sup> Flios 17 a 43 Archivo 05 PDF

<sup>3</sup> Flios 28 a 30 Archivo 07 PDF

<sup>4</sup> Archivo 04 PDF y flios 21 a 27 Archivo 07 PDF

<sup>5</sup> Flios 52 a 53 Archivo 05 PDF y Flio 20 a Archivo 07 PDF

<sup>6</sup> Flios 47 a 51 Archivo 05 PDF



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 la parte actora, 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.

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). Por lo que no le asiste razón a la parte recurrente.

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 el argumento de la recurrente.

Luego, tampoco es de recibo el reproche concerniente a que la parte actora permaneció por varios años en el RAIS, y le faltaba menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Dichas circunstancias, *per se*, no pueden 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.

También se despacha de manera desfavorable el argumento de la parte recurrente concerniente a que el deber de información es de doble vía. Ello, no exime a la AFP de la obligación que le atañía frente al afiliado. 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 ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, se incluya la orden de retornar a Colpensiones, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, retorne los gastos de administración, los valores por concepto de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Skandia S.A. el traslado de estos últimos conceptos debidamente indexados, por el período en el que la accionante estuvo afiliada a esa entidad?**

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A. debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales. Asimismo, los gastos de administración, primas por seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a cargo de su propio patrimonio y debidamente indexados. Del mismo modo, a Skandia S.A y le corresponde trasladar estos dos últimos conceptos por el período respectivo. Razón por la cual habrá de adicionarse sobre estos últimos conceptos la sentencia objeto de apelación y consulta.

**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. y a Skandia 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.

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.

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 **extunc** (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”.*

Así, se adicionará el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. a retornar los aportes al fondo de pensiones de garantía mínima, debidamente indexados. Por tanto, se adicionará la sentencia en ese sentido.

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

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Teniendo en cuenta que la ineficacia de la afiliación de la demandante fue originada por la conducta indebida de los fondos privados aquí demandados, éstos deben asumir a cargo de su propio patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado.

En efecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida 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, bien sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos debidamente indexados por Skandia S.A. a cargo de su propio 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.

Ha sido criterio de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que el rubro por concepto de primas que pagó la AFP a Mapfre por el seguro previsional de la actora, debe ser asumido por la Administradora de pensión con su propio patrimonio, en el entendido que la ineficacia no se produjo por el actuar de la aseguradora, pues ésta suscribió un contrato de buena fe, bajo la creencia razonable de que, en este caso, Skandia S.A. había cumplido con las ritualidades y exigencias de la afiliación del demandante, buena fe que vulneró la AFP al incumplir con el deber de información que le correspondía. Por ende, no le asiste razón a la parte recurrente.

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

La respuesta a este interrogante es **positiva**. En lo que atañe a la imposición de costas de primera instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, 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, e inclusive las potestades de las mismas, vía administrativa. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por el *a quo* a Porvenir S.A.

Se revocará de manera parcial el numeral quinto que dispuso absolver por este rubro a Colpensiones, al cobrar relevancia el argumento esbozado por parte la actora.

### **3. Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia S.A. en favor de la parte actora.

## **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,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR al ordinal SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia para ordenar a Skandia S.A. y a Porvenir S.A. reintegrar a Colpensiones los gastos de administración, el porcentaje destinado a seguros previsionales y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, **debidamente indexados**, a costa de sus propios recursos y por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante a cada uno de estos fondos de pensiones. Los valores por gastos de administración, y primas de seguros previsionales también deberán ser indexados.

**SEGUNDO: REVOCAR** de manera parcial el ordinal **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, para **CONDENAR igualmente** en costas de primera instancia a Colpensiones y a favor del demandante.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia objeto de apelación y consulta.

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

**QUINTO:** Notifíquese por edicto la presente decisión.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para  
Acto Judicial



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO**  
**SALVO VOTO**

Firma digitalizada para  
Acto Judicial



**YULI MABEL SÀNCHEZ 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**

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto 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:

4. 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. *“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”*.

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. 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”*.

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. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, 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”*.

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**:

**“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 judice*, 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**