



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintitrés (23) de enero dos mil veinticuatro (2024)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	76001 31 05 005 2023 00263 01
Juzgado	Quinto Laboral del Circuito de Cali
Demandante	Martha Sofía Galvis Silva
Demandados	Colpensiones Porvenir S.A. Protección S.A. Skandia S.A.
Interviniente	Ministerio Público
Llamada en garantía	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto	Confirma sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia No.	005

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. y Porvenir S.A. contra la sentencia No. 309 emitida el 6 de octubre 2023. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Pretende la demandante se **i)** declare la ineficacia de la afiliación a cada una de la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, por ende, retorne a al Régimen

¹ Archivo 01CaratulaDemandaAnexos páginas 4 a 27

de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones. En consecuencia, se ordene a **ii)** Skandia S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones una vez ejecutoriada la sentencia, los aportes, rendimientos, comisiones, primas aseguradoras, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, gastos de administración; **iii)** las AFP a normalizar las bases de datos SIAF RUAF y MANTIZ; **iv)** Colpensiones a validar y a actualizar la historia laboral con los dineros devueltos por los fondos de pensiones; **v)** se condene a las costas y agencias en derecho y los demás derechos que resulten probados de conformidad con las facultades ultra y extra petita.

2. Contestaciones de la demanda, llamamiento en garantía e intervención del Ministerio Público

Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., dieron contestación a la demanda². De igual manera Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.³, sociedad que también contestó en término⁴. Finalmente, el Ministerio Público presentó intervención en el asunto⁵.

No se estima necesario reproducir los escritos mencionados, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el Juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia⁶ referida al inicio de este fallo, en la que: **i)** declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas; **ii)** declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS en septiembre de 1997, razón por la cual debe retornar a Colpensiones; **iii)** condenó a Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la actora, así como las cotizaciones, rendimientos financieros, cotizaciones voluntarias y bonos pensionales -si los hubiere y estuvieren constituidos-, gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, y seguros previsionales, los últimos dos conceptos a cargo

² Archivos 08ContestacionColpensiones20230026300 páginas 4 a 16; 09ContestacionDemandaPorvenir páginas 2 a 14;

¹ 11ContestacionDemandaProteccion páginas 2 a 8; 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia páginas 2 a 29

³ Archivo 112ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia páginas 139 a 146

⁴ Archivo 13ContestacionLlamamientoMapfre páginas 3 a 26

⁵ Archivo 05IntervencionMinisterioPublico202300263 páginas 2 a 10

⁶ Archivos 29AudienciaArt77y80 y 30ActaAudienciaArt77y80

del patrimonio propio de las AFP, indexados por todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante al RAIS; **iv)** ordenó a Colpensiones a recibir en el RPM a Galvis Silva, los dineros objeto de condena, así como la corrección y actualización de la historia laboral; **v)** condenó a las AFP en costas, fijó como agencias en derecho la suma de un (1) smlmv a cargo de cada uno de los fondos de pensiones privados; **vi)** declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en consecuencia absolvió de cualquier condena a dicha sociedad.

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.

4. Los recursos de apelación

Colpensiones⁷ indicó que se encontraba en desacuerdo con el numeral tercero de la sentencia debido a que no se dispuso el retorno pormenorizado de las sumas objetos de condena, para ello procedió a leer el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, agregó que dicha circunstancia permite garantizar la sostenibilidad del RPM.

El apoderado de **Porvenir S.A.**⁸ disiente de los numerales tercero y sexto de la sentencia debido a que **i)** la activa se encuentra afiliada a una AFP diferente; **ii)** la Ley 100 de 1993 habilitó al fondo de pensiones a destinar el 3% de la cotización para los gastos de administración, en esa medida, debido a la gestión adelantada por la AFP de manera diligente que conllevó a la causación de rendimientos; **iii)** la declaración de ineficacia conlleva a la exclusión de efectos jurídicos del acto de afiliación, en ese sentido debe aplicarse el régimen de las restituciones mutuas; **iv)** sobre los gastos de administración operó la prescripción y en todo caso su condena debe corresponder de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada fondo; **v)** las costas no proceden debido a que no se opuso en el traslado de la demanda.

Skandia S.A.⁹ se opone a la totalidad del fallo debido a que **i)** la AFP actuó de buena fe ante el traslado efectuado por la activa, la cual se cambió de régimen pensional de forma

⁷ Archivo 29AudienciaArt77y80 minuto 2:46:33 a 2:49:49

⁸ Archivo 29AudienciaArt77y80 minuto 2:57:20 a 2:59:30

⁹ Archivo 29AudienciaArt77y80 minuto 3:09:28 a 3:14:38

libre y voluntaria conforme se observa en el formulario de traslado, documento que además se encuentra ajustado a los parámetros legales para la data de su suscripción, por lo que la AFP cumplió con las obligaciones impuestas por la Ley, pues el deber de asesorar acerca de las consecuencias adversas surgió solo hasta el año 2015; **ii)** para el año 2005 no existía obligación alguna de documentar la asesoría, ya que el único documento requerido era el formulario de afiliación; **iii)** en razón a las múltiples vinculaciones en el RAIS no puede entenderse a la demandante como una afiliada lego, sin que exista asimetría en la información; **iv)** las condenas no se acompañan con el régimen de las restituciones mutuas, debido a que no es razonable que el fondo retorne las sumas que usó para mantener el bien administrado; **v)** las AFP están facultadas por la Ley para descontar los gastos de administración y destinar las sumas correspondientes a los seguros previsionales, dineros que no pueden devolverse debido a que fueron usados según su finalidad, produciéndose entonces un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, aunado a lo anterior los dineros no se encuentran en poder de la AFP, sino de la aseguradora llamada en garantía con quien se contrató la protección de los riesgos de invalidez y sobrevivencia; **vi)** no hay lugar a la indexación pues con el traslado de los rendimientos financieros se compensa cualquier pérdida del poder adquisitivo de la moneda, causándose una doble condena.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión se pronunciaron en los términos visibles en los memoriales “05AleColpensiones00520230026301”, “06AleMapfre00520230026301”, “07AleSkandia00520230026301” y “08AlePorvenir00520230026301”.

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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

1.2 ¿Es acertado ordenar a Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, se incluya la orden de retornar a Colpensiones los gastos de administración, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a cada uno de esos fondos privados?

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. ¿Es procedente imponer costas de primera instancia a cargo de Colpensiones?

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 es **positiva**. Fue acertada la decisión del *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 desvirtuarse 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 de la demandante incorporada por Colpensiones¹⁰, Porvenir S.A.¹¹, Protección S.A.¹², Skandia S.A.¹³, historia para bono pensional¹⁴, formularios de afiliación¹⁵, la consulta de Asofondos en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión¹⁶, que la 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 desde el 28 de agosto de 1986 a través del otrora ISS, hasta el 30 de septiembre de 1997.
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: la accionante se trasladó a **i)** Colmena hoy Protección S.A. a partir del 1º de octubre de 1997, fondo de pensiones en el que permaneció hasta el 31 de marzo de 2000, pues por cesión

¹⁰ Archivo 08ContestacionColpensiones20230026300, Páginas 32 a 37

¹¹ Archivo 09ContestacionDemandaPorvenir0043600 Páginas 15 a 18

¹² Archivo 11ContestacionDemandaProteccion Páginas 13 a 19

¹³ Archivo 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia Páginas 34 a 66

¹⁴ Archivo 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia Páginas 67 a 69

¹⁵ Archivos 111ContestacionDemandaProteccion Página 11; 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia Página 30

¹⁶ Archivos 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia Página 32; 09ContestacionDemandaPorvenir0043600 Página 22; 11ContestacionDemandaProteccion Página 9

de la afiliación pasó a ING hoy Protección S.A. el 1º de abril del mismo año, perdurando en ese fondo de pensiones hasta el 31 de agosto de 2003; **ii)** luego de vinculó a Porvenir S.A. el 1º de septiembre de 2003, administradora en la que estuvo hasta el 31 de marzo de 2005; **iii)** ya que, a partir del 1º de abril de 2005 y hasta la fecha permanece en Skandia S.A.

En la demanda se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, Protección S.A. le aseguró que tendría una mesada pensional a que eventualmente percibiría Colpensiones, empero, no se le explicó por la AFP las condiciones de la afiliación, ni se elaboró una proyección pensional que le permitiera identificar las ventajas y desventajas de la vinculación al RAIS, de manera que no se le proporcionó una información veraz y completa.

Para la Sala, **Colmena hoy Protección S.A.** no demostró haber brindado, a la 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 la demandante, 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 las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

Por otro lado, en sentencia SL 1564 de 2022, 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, la ausencia de manifestación de inconformidad, la realización de aportes voluntarios o la existencia de re asesoría. Ciertamente, dichos actos no pueden entenderse como la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. Tampoco la permanencia en el RAIS es un indicativo de validez de la afiliación, pues recuérdese que aquella se extendió debido al desconocimiento de las características propias de ese régimen.

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).

En cuanto al deber de información, 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.

Así, contrario a lo afirmado por **Skandia S.A.** la demandante es una afiliada lego, y es que no puede aducirse que es una experta en el sistema de seguridad social con ocasión a las múltiples vinculaciones a con las AFP, máxime cuando lo que se debate es que para la data del traslado inicial al RAIS -materia de estudio en el asunto- desconocía de las características propias del régimen al cual se estaba adhiriendo.

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”.

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 Skandia S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación o traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales, retorne los gastos de administración, debidamente indexados? De igual forma, ¿resulta procedente ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A., el traslado de los últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada a cada uno de esos fondos privados?

La respuesta es **positiva**. **Skandia S.A.** debe trasladar los valores que percibió por conceptos tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales. 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. De igual forma, a **Porvenir S.A. y Protección S.A.** les asiste el traslado de los últimos conceptos por el período en el que la accionante estuvo afiliada 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 **todas las AFP en las que estuvo vinculada la demandante**, asumir la devolución de estos conceptos. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados, 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.

Del mismo modo, 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 este orden, conforme lo indica Porvenir S.A. en su apelación cada una de las administradoras de pensiones es responsable por los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima¹⁷ por el lapso en que la demandante estuvo afiliada y en ese sentido se modificará el ordinal tercero de la sentencia recurrida.

Ahora no tiene acogida la planteado por Skandia S.A. respecto a una doble condena a causa de la devolución de rendimientos y la indexación de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues es claro que hasta la fecha en la que se retornen los dineros de la CAI estos causan unos frutos a restituir de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, mientras que los dineros descontados con destino a cubrir gastos de administración y seguros previsionales, deben ser indexados a efecto de que no pierdan su poder adquisitivo como quiera que sobre estos no se causan utilidades.

Por último, de conformidad a lo pedido por Colpensiones y las sentencias del año 2022 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL843, SL755 y SL756, se tiene que es menester adicionar el proveído ordenando de devolución de los rubros pormenorizando los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

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

¹⁷ Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

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?

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 enero de 2007 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 comentario¹⁸.

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, que 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.

2.5. ¿Resulta procedente condenar al pago de costas procesales a Porvenir S.A.?

¹⁸ 12ContestacionSkandiaLlamamientoGarantia páginas 78 a 89

La respuesta es **positiva**. En lo que atañe a la condena en costas de primera instancia frente a **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), más aún cuando en el presente asunto el fondo de pensiones no se allanó a ninguna de las pretensiones. Por lo tanto, habrá de confirmarse la condena en costas impuestas por la *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 Skandia S.A., en favor de la demandante. Dada la prosperidad parcial de los recursos de apelación de Colpensiones y Porvenir S.A., no se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo de estas.

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: MODIFICAR Y ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consulta en el sentido de **ORDENAR a Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A.** a trasladar a Colpensiones las sumas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados, a costa de sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada uno. Además de pormenorizar cada uno de los valores a reintegrar a la administradora del RPM, incluyendo los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

CUARTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Call-Valle



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Call-Valle



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 HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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

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^[19]. “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 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

^[19] Sentencia T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería

^[2] Ibidem.

^[3] Sentencia SU-962 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y T-842 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

^[4] Sentencia T-364 de 2007 M.P. Humberto Sierra Porto

^[5] Sentencia C-968 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

^[6] Artículo 62. diversas clases de recursos. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Contra las providencias judiciales procederán los siguientes recursos. 1. El de reposición; 2. el de apelación; 3. el de súplica. 4. el de casación; 5. el de queja; 6. el de revisión; 7. el de anulación.

^[7] Sentencia T-389 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto y T-364 de 2007 M.P. Jaime Araújo Rentería. ¹⁹

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 fueron 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