



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)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76001 31050 11 2021 00482 01
Juzgado de origen:	Once Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Ignacio José Sawas Odapas
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. -Skandia S.A. -Colfondos S.A -Protección S.A.
Llamada garantía	en Mapfre Colombia Vida Seguros S A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia No.	209

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Skandia S.A contra la sentencia No. 061 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 nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, administrado por Protección S.A., Colfondos S.A, Porvenir S.A, y Skandia S.A. En consecuencia, se condene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos, los gastos de administración y las diferencias que haya lugar. Finalmente pide lo ultra y extra petita, y las costas del proceso (Flios 02 a 28 Archivo 03 PDF)

2. Contestaciones de la demanda y llamamiento en garantía

2.1. Colpensiones, Protección S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A.

Colpensiones mediante escrito visible a folios 04 a 18 del Archivo 11 PDF. Protección S.A. a folios 02 a 30 del Archivo 14 PDF. Porvenir S.A. a folios 02 a 24 del Archivo 15 PDF. Skandia S.A. a folios 02 a 11 del Archivo 16 PDF y Colfondos S.A. a folios 02 a 14 del Archivo 17 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. 142 a 150 Archivo 16PDF PDF), quien contestó la demanda en escrito obrante a folios 03 a 22 del Archivo 18 PDF.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *a quo* dictó sentencia No 061 emitida el 23 de marzo de 2023. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado que hizo el señor Carlos Ignacio José Sawas Odapas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por Colpensiones. **Segundo**, ordenar a Skandia S.A. que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, devuelva a Colpensiones, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin

inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso; sumas que deberán ser debidamente indexadas. **Tercero**, ordenar a Protección S.A., Porvenir S.A, Colfondos S.A y a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, sumas que deberán ser debidamente indexadas. **Cuarto**, ordenar a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de Protección S.A, Porvenir S.A, y Colfondos S.A. para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ello. **Quinto**, absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de todas y cada una de las pretensiones que elevó en su contra Skandia S.A. **Sexto**, condenar en costas a las demandadas. **Séptimo**, condenar a Skandia S.A. en favor del llamado en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. **Octavo**, consúltese de la presente providencia en caso de no ser apelada.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, las AFP no suministraron información de manera adecuada y pertinente al 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.

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

4. La apelación.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Skandia S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

Manifiesta que el traslado primigenio no se realizó en esa entidad, razón por la cual, no es posible endilgarle un deber de información. Que al momento del traslado horizontal brindo la asesoría que se encontraba vigente. Que en el año 2003 cuando el actor se trasladó a Colfondos S.A, retornó todos los valores provenientes de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos. Se opone a los **gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje de garantía mínima de manera indexada**. Aduce que al condenarse a otra entidad por este mismo concepto, se estaría realizando un doble cobro.

4.2. Apelación Skandia S.A.

Señala que, para la época del traslado del actor lo único que se requería era el formulario de afiliación, pues la normatividad vigente no exigía los formalismos que se piden en la actualidad. Que la entidad no fue el fondo inicial por el cual se afilió el demandante, pues recibió su vinculación por un traslado horizontal; además, realizó múltiples actos de relacionamiento, evidenciando un total conocimiento de las características del régimen pensional, siendo ello, indicio probatorio de estar de acuerdo en permanecer en el RAIS. Que el demandante también estaba en la obligación de informarse, pues goza de plena capacidad. Dice que se encuentra de una prohibición legal para trasladarse, y, su disconformidad se basa es en el monto de su mesada pensional, lo que no conlleva a la nulidad o ineficacia del traslado.

No comparte la decisión de primer grado, en lo que atañe a la devolución de **rendimientos, gastos de administración y las primas de seguros provisionales**, pues tiene una destinación específica, y generaría un enriquecimiento sin justa causa, siendo imposible retrotraer esas sumas, además se pagó a las aseguradoras; asimismo, no está de acuerdo con reintegrar el **porcentaje de garantía mínima y bonos pensionales**. Finalmente, dice que no se tuvo en cuenta el llamamiento en garantía, y pide se revise el tema de la indexación. Por lo anterior, pide se revoque la sentencia.

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: Skandia S.A. en Archivo 05PDF. Porvenir S.A. en Archivo 06PDF. Mapfre Colombia Vida Seguros S A. en Archivo 07PDF. Parte demandante en Archivo 08PDF y Colpensiones en Archivo 09PDF, 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 Skandia 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 Porvenir S.A. Protección S.A., y Colfondos 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?

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 de la demandante incorporada por Colpensiones¹, Protección S.A.², Porvenir S.A.³, Skandia S.A.⁴, de la consulta SIAFP⁵, de los formularios de afiliación⁶, y de la certificación de bonos pensionales⁷, que el demandante 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 desde el 28 de agosto de 1990 hasta el 21 de octubre de 1994
- b. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS: el accionante se trasladó de la siguiente manera:

Fecha de vinculación	Fecha de extinción	Fecha de ingreso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de securitización	Fecha de inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Trazado regimen	1994-10-21	2004-04-18	COLUMENA	COLPENSIONES		1994-11-01	2000-03-31
Cotización	2000-04-01	2013-10-04	ING	COLUMENA		2000-04-01	2000-09-30
Trazado de AFP	2005-03-11	2014-04-18	PORVENIR	ING	ING	2005-10-01	2005-12-31
Trazado de AFP	2005-11-19	2014-04-18	COLFONDOS PORVENIR			2004-01-01	2012-05-31
Trazado de AFP	2013-04-24	2013-05-01	SKANDIA	COLFONDOS		2013-05-01	

Fecha de vinculación	Fecha de extinción	Cédula de vinculación	Descripción	AFP	AFP asociada
1994-10-21	1999-06-12	01	AFILIACIÓN	COLUMENA	
2000-04-01	2000-04-01	02	CESSION	COLUMENA	ING
2000-08-11	2000-08-11	75	TRASLADO AUTOMÁTICO	PORVENIR	ING
2005-11-19	2005-12-08	76	TRASLADO AUTOMÁTICO	COLFONDOS	PORVENIR

¹ Archivo 13HistoriaLaboralCC80410047.rar
² Flios 36 a 43 Archivo 14PDF y 59 a 81Archivo 16 PDF
³ Flios 25 a 31 Archivo 15 PDF
⁴ Flios 21 a 34 Archivo 01 PDF
⁵ Archivo 82 Archivo 16 PDF
⁶ Flios 38 Archivo 14 PDF, 31 a 33 Archivo 15 PDF, 57 Archivo 16 PDF
⁷ Flios 111 a 112 Archivo 16 PDF

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 la vinculación a Skandia S.A. la realizó cuando tenía 46 años. Le fue indicado que dicha entidad pensional era mejor que las otras, razón por la cual, se trasladó a ese fondo privado. Que el formulario de afiliación se lo suministró una trabajadora de esa entidad, y no fue obligado a firmarlo. Que preguntó en algún momento para conocer de su tema pensional, pues sus compañeros afiliados en el RAIS estaban pensionándose con un monto inferior, a diferencia de los que se encontraban en Colpensiones. De esta manera, la información dada no correspondía a la realidad; además, que no recuerda que lo hayan asesorado respecto a los rendimientos financieros, pues solo era conocedor que la empresa hacía aporte a pensiones.

Dice que no recuerda si fue asesorado por Mapfre Colombia Vida Seguros S A., pues es una compañía de seguros (mto 15:51 a 26:53 Archivo 35AudienciaVirtualSentencia.mp4)

Para la Sala, los fondos privados no demostraron haber brindado al demandante la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020). A pesar de que se allegaron los formularios de traslado suscritos por 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 las recurrentes.

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 Skandia 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 Porvenir S.A. Protección S.A., y Colfondos 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**. Skandia 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 Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Protección S.A., les corresponde trasladar estos dos últimos conceptos por el período respectivo. Razón por la cual habrá de confirmarse 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.

Frente a la devolución del **bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento (SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros). Siendo esto así, la providencia reprochada no merece reparo alguno.

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 Skandia S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Protección 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, 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 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**”.*

De esta manera, bien hizo el a quo en ordenar debidamente indexado a cargo de Skandia S.A. Porvenir S.A. Colfondos S.A. y Protección S.A. retornar las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguro previsional y aportes al fondo de pensiones de garantía mínima, debidamente indexados. Por lo tanto, no se acepta el argumento de la apoderada de Porvenir S.A.

No obstante, conforme a la jurisprudencia no debió ordenar indexados las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago, cuentas de no vinculados y los aportes voluntarios, pues solo se predica para los anteriores conceptos referenciados. De esta manera le asiste razón a la apoderada de Skandia S.A

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 del 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 parte 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.

3. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., no se impondrá condena en costas de segunda instancia a Skandia S.A., por prosperar de manera parcial el recurso de apelación. Se condenará en costas a Porvenir S.A., y 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: MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, bajo el entendido que las sumas por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago, cuentas de no vinculados y los aportes voluntarios, no deben reintegrarse indexadas.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de 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.

CUARTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

Firma digitalizada para
Acto Judicial



YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

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 procede grado jurisdiccional de consulta por la declaratoria de la ineficacia del traslado, pues como se dice en la misma sentencia, y lo reconoce la jurisprudencia especializada, ella no afecta la sostenibilidad financiera pensional, que es lo que desalienta la garantía de la consulta.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA