

Señores

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

ASUNTO: CONCEPTO DE VIABILIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE DEMANDA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ABUSO DEL DERECHO

A través del presente escrito y en consideración a la solicitud elevada por ustedes, comedidamente presentamos nuestro concepto de viabilidad para la presentación de demanda de responsabilidad civil extracontractual por abuso del derecho en cabeza de las AFP al llamar en garantía a las aseguradoras con el objetivo de reclamar seguro previsional, pese a que existe precedente jurisprudencial que expresamente señala que, en los casos que proceda la ineficacia de traslado del régimen pensional, le corresponde a las AFP realizar, con cargo siempre a su propio patrimonio, el traslado a Colpensiones de los saldos que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, si lo hubiere, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Lo anterior, se desarrollará en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

PRIMERO. La Ley 100 de 1993 creó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), y como consecuencia de ello se presentó un fenómeno social, a través del cual los fondos privados de pensiones ejecutaron acciones tendientes a obtener afiliaciones de personas que se encontraban en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por el ISS hoy COLPENSIONES.

SEGUNDO. Como consecuencia de los traslados de régimen pensional del RPM al RAIS sin que de por medio obrara una debida asesoría, se configuró un vicio en el consentimiento por parte afiliados que efectuaron un traslado.

TERCERO. Ulteriormente, los afiliados que habían realizado traslado del régimen pensional del RPM al RAIS y que realizaron aportes con un Ingreso Base de Cotización (IBC) superior a 2 S.M.L.M.V, se dieron cuenta que era más beneficioso obtener la pensión de vejez en el RPM, esto en atención a que la fórmula que se utiliza para liquidar dicha prestación económica en cada uno de los regímenes es totalmente disímil, puesto que en el RPM la pensión de vejez se liquida de conformidad el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003, estableciéndose así una formula estándar para liquidar la mesada pensional. Por otro lado, en el RAIS, el cálculo de la liquidación de la pensión depende de diversos factores, tales como: el capital acumulado, los rendimientos financieros, la edad del afiliado y la modalidad pensional (retiro programado o renta vitalicia).

CUARTO. Una vez evidencian que es más beneficioso obtener la pensión de vejez en el RPM, gran porcentaje de los afiliados al RAIS desearon regresar nuevamente al RPM. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, existe una prohibición legal consistente en que las personas que se encuentren a menos de diez años para cumplir la edad de pensión en el RPM (Mujeres 57 años y Hombres 62) no podrán trasladarse de régimen puesto que tal situación afectaría directamente la sostenibilidad financiera del sistema. Por lo tanto, el afiliado al RAIS puede efectuar el traslado al RPM vía administrativa antes de cumplir 47 años para las mujeres y 52 años de edad para los

hombres.

QUINTO. Ante la imposibilidad de trasladarse por vía administrativa teniendo en cuenta que hay afiliados que se encuentran inmersos en la prohibición legal y ante la necesidad de efectuar el traslado alegando un vicio en el consentimiento, surgen los procesos judiciales de **INEFICACIA DEL TRASLADO**, en los cuales fungen, como parte pasiva, las diferentes administradoras de fondos privados de pensiones (Porvenir S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A., y Protección S.A.), y, como parte activa de la litis, los afiliados a las AFPs, quienes arguyen una falta al deber de información y la indebida asesoría realizada de los fondos de pensiones que administran el RAIS a sus afiliados, solicitando consigo, (i) que se declare la ineficacia de traslado del RPM al RAIS; (ii) la anulación de la afiliación al RAIS; y (iii) la devolución de todas las sumas percibidas con ocasión al traslado, tales como; cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras y cualquier otro emolumento derivado de la cuenta de ahorro individual.

SEXTO. Esta situación ha sido estudiada por Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, creando para ello un precedente jurisprudencial bastante amplio, reiterativo y pacífico en el sentido de indicar que es procedente la ineficacia de traslado de régimen pensional por vía judicial, siempre y cuando (i) la parte activa no se encuentre pensionada en el RAIS, sin tener en cuenta la edad; (ii) que el demandante haya tenido una afiliación inicial al RPM y/o cajas de previsión social, es decir, que no tenga como única afiliación al sistema la del fondo privado; y (iii) que la parte pasiva no acredite que efectuó una debida asesoría al momento del traslado. Obligando así a la AFP a trasladar a Colpensiones los saldos que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, si lo hubiere, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y siempre **con cargo a su propio patrimonio**.¹

SÉPTIMO. De acuerdo con la Ley 100 de 1993, los fondos del RAIS deben contratar un Seguro Previsional, siendo este un contrato de seguro suscrito entre una Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) y una Aseguradora, que tiene por objeto, financiar la suma adicional necesaria para pagar una eventual pensión de invalidez y/o sobrevivencia de los afiliados y/o sus beneficiarios.

OCTAVO. En los procesos de ineficacia de traslado, se ha evidenciado que la AFP llama en garantía a la aseguradora con quien suscribió la póliza previsional. No obstante, se resalta que, en el seguro contratado, la aseguradora se comprometió únicamente a pagar la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de las eventuales pensiones de invalidez y sobrevivencia, causadas a favor de los afiliados y/o sus beneficiarios. Por lo tanto, de cara a las pretensiones tanto de las demandas como de la AFP COLFONDOS S.A., de afectar el contrato de seguro, debe indicarse que no hay lugar a que se afecten las coberturas otorgadas en la póliza de seguro previsional, por cuanto dicho seguro no contempla dentro de sus amparos, ni la obligación de efectuar el traslado de régimen pensional, ni, mucho menos, la obligación de restituir la prima, toda vez que esta fue debidamente devengada, de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio.

¹ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral: SL2877-2020 – SL3871-2021 – SL4297-2022 – SL2105-2023, entre otras.

II. ABUSO DEL DERECHO

1) Definición

Es preciso señalar que la aplicación en Colombia de la institución del abuso del derecho ha tenido una evolución a lo largo de los años. Así, en primer lugar, en el ámbito nacional y a través de la jurisprudencia, se desarrolló el principio romano de GAYO, conocido como *male enim nostro jure uti non debemus* (*no debemos usar mal de nuestro derecho*). Posteriormente, el Código de Comercio de 1971 reguló este asunto e incluyó el artículo 830, el cual establece que el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause. Y, finalmente, en 1991 se constitucionalizó este en el artículo 95, rezando que las personas y los ciudadanos tienen el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia Unificada SU631 del 2017 ha indicado con claridad que el abuso del derecho se define así:

*(...) El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. Se presenta **cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este**, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. **Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental.***
(...) (Negrita y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, el abuso del derecho se presenta entonces en el desarrollo de un derecho subjetivo. Por ello, en principio, la conducta que da lugar al abuso es legítima por cuanto quien lo ejerce se encuentra amparado por una norma que le habilita para ello. Ahora bien, sin perjuicio de esto, el ejercicio de dicho derecho subjetivo se desvía con el objetivo de tener un alcance más allá del mismo y desborda los límites del derecho, generando, en algunos casos, un daño a terceros.

2) Finalidad

La extralimitación del derecho subjetivo que es lo que define el abuso del derecho, configura una institución jurídica que tiene como objetivo reivindicar la visión que se tiene de los derechos subjetivos como garantías absolutas para sus titulares, esto implica que, para el ejercicio y la aplicación de una norma que comprenda un derecho subjetivo, es imperativo hacer una correcta interpretación del mismo, pues de lo contrario podrían verse afectados los intereses de otras personas.

La Corte Constitucional en Sentencia Unificada SU631 del 2017 ha precisado que, los derechos subjetivos están conformados por sistemas que los dotan de sentido y alcance, lo anterior con el fin de materializar los derechos en un contexto no solo jurídico, sino también social. Respecto a lo aquí mencionado esta corporación señaló que:

(...) los derechos subjetivos se integran en un sistema mucho más amplio que los dota de sentido, alcance y al que en últimas debe responder la interpretación que se haga de ellos. En dicho marco, por supuesto, se encuentran los principios del derecho, los principios constitucionales y aquellos que informan cada sub sistema del ordenamiento jurídico, esto es, a las diversas jurisdicciones conocidas, dadas las características particulares de las específicas relaciones sociales que cada

una de ellas regula.

La aplicación de cualquier disposición normativa en independencia de estos principios contraviene las directrices del ordenamiento, las constitucionales y las que distinguen entre sí a sus distintas ramas. En un escenario semejante la evolución social de los sistemas jurídicos, su riqueza y complejidad actual, queda reducida a un ejercicio mecánico de subsunción que desarticula el sistema y desconoce la larga historia del derecho, y con él en últimas de la sociedad. (...) (Negrita y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo aquí precisado, la interpretación aislada de un derecho subjetivo sin tomar en consideración el contexto normativo del cual hacer parte, o la interpretación sin tomar en consideración los fines y principios que lo orientan produce dos efectos: i) una ventaja para quien pretende su aplicación y, además, ii) una desventaja o afectación a los intereses de otras personas. En ese sentido, la institución jurídica del abuso del derecho tiene la trascendental labor de reivindicar la visión de los derechos subjetivos como garantías absolutas para que sean vistos como derechos relativos.

3) Responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio abusivo de un derecho

De acuerdo con lo expuesto en este capítulo, el sistema normativo colombiano no tiene como objetivo restringir al sujeto legitimado en el ejercicio de su derecho subjetivo, contrario a esto busca garantizar el ejercicio de su derecho plenamente. Sin embargo, eso sí, busca impedir el abuso o exceso de su materialización de conformidad con el marco legal que lo reglamenta. Lo anterior, nos permite evidenciar que los derechos subjetivos no son absolutos sino relativos y por ende el ejercicio de estos debe hacerse de acuerdo con el fin social para el que fueron creados y sin la intención de dañar a los demás, toda vez que, de hacerlo con este propósito, el responsable se verá avocado a resarcir los perjuicios que ocasione a terceros.

Ahora bien, el ejercicio abusivo del derecho puede configurar una Responsabilidad Civil Extracontractual respecto del extremo que acude a la jurisdicción de forma negligente, temeraria o maliciosa con el fin de obtener un derecho jurídico no merecido, en ese sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC3930-2020 expresa que:

(...) *El ejercicio del derecho a litigar es una prerrogativa que, sin bien puede generar consecuencias negativas para quien tiene que resistir la pretensión, **solo comparte el debito indemnizatorio cuando a través de ella se busque agraviar a la contraparte o se utilice de forma abiertamente imprudente.*** (...) (Negrita y subrayado fuera de texto).

En ese sentido, cuando se acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad o anumus nocedi, a reclamar un derecho que la parte conoce previamente que no le corresponde, se genera a todas luces una afectación a quien debe resistir la pretensión, aun cuando no tiene la obligación de hacerlo. De tal forma que, para que se condene al extremo actor a una indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual se requiere probar:

- La existencia de una conducta antijurídica del sujeto respecto de quien se dirige la acción.
- El perjuicio sufrido.
- La relación o nexo de causalidad entre el actuar de aquel a quien se imputa el daño sufrido.

En este caso, le corresponde la carga de la prueba a la parte que pretenda probar el supuesto de hecho de las normas que pretenden hacer valer, es decir, le corresponde al tercero afectado probar la concurrencia de los axiomas constitutivos del abuso del derecho y que consigo generan una responsabilidad civil extracontractual que acarrea el reconocimiento de perjuicios.

III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

1) Posible abuso del Derecho por parte de COLFONDOS S.A. en los Procesos de Ineficacia de Traslado Pensional

En el presente caso, consideramos que existe la posibilidad de iniciar un proceso de responsabilidad civil extracontractual en contra de COLFONDOS con el objetivo de que este indemnice los perjuicios, especialmente el daño emergente causado a la aseguradora por el abuso de su derecho a litigar. Lo anterior, comoquiera que se configura la institución jurídica de abuso del derecho, pues en basta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, se ha determinado que la AFP en los casos que proceda la ineficacia de traslado del régimen pensional, debe trasladar a Colpensiones los saldos que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, si lo hubiere, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y siempre con cargo a su propio patrimonio.

En ese orden de ideas, el argumento que se podría presentar es que existe temeridad por parte de la AFP en realizar el llamamiento en garantía a la aseguradora Allianz a través del seguro previsional No. 0209000001 con la pretensión de que la aseguradora realice la devolución de las primas pagadas y devengadas por asumir el riesgo asegurado, cuando conoce de forma previa que no le asiste el derecho a las pretensiones que reclama.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha indicado con claridad que el abuso del derecho implica que su titular haga de una facultad subjetiva un uso contrario a sus fines y a su alcance:

*(...) El abuso del derecho, según lo ha destacado esta Corporación, supone que su titular haga de una facultad o garantía subjetiva un uso contrapuesto a sus fines, a su alcance y a la extensión característica que le permite el sistema. **Se presenta cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se desbordan los límites que el ordenamiento le impone a este, con independencia de que con ello ocurra un daño a terceros. Es la conducta de la extralimitación la que define al abuso del derecho, mientras el daño le es meramente accidental².** (Negrita y subrayado fuera de texto.*

Por todo lo anterior, la jurisprudencia señala que la institución del abuso del derecho en cuestión se configura cuando hay una divergencia en la materialización del derecho subjetivo y el alcance social que se ha previsto para este, se debe hacer referencia entonces, al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia unificada SU631 del 2017, a través del cual se refirió a los elementos que configuran el abuso del derecho así:

(...) El abuso del derecho se configura cuando se fractura la relación finalística

² Sentencia SU631 del 2017 Corte Suprema de Justicia.

que hay entre (i) la dimensión particular del derecho subjetivo y (ii) la proyección social con la que aquel se ha previsto. **Se trata por lo general de situaciones en las que, en aplicación de una disposición normativa que desarrolla un derecho subjetivo, éste se desvía y logra un alcance más allá de sí mismo.** Usualmente se advierte en escenarios judiciales cuando genera una lesión a un interés ajeno, no contemplada por el ordenamiento y, en esa medida, ilegítima. (...) (Negrita y subrayado fuera de texto).

Ahora bien, es preciso señalar en este punto que, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Constitucional del 14 de febrero del 2005 manifestó que:

(...) el **ejercicio abusivo del derecho a litigar** es un fenómeno que puede configurar la responsabilidad civil extracontractual de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida (...) (Negrita y subrayado fuera de texto).

En ese mismo sentido, esta corporación señaló en Sentencia Constitucional 3930 del 2020 que:

(...) el ejercicio del derecho a litigar es una prerrogativa que, si bien puede generar consecuencias negativas para quien tiene que resistir la pretensión, solo comporta el debito indemnizatorio cuando a través de ella se busque agravar a la a la contraparte o se utilice de forma abiertamente imprudente (...)

Teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos, es dable concluir que una persona que acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad a reclamar un derecho aun sabiendo que no tiene derecho al mismo, afecta a quien debe resistir la pretensión. Para el caso que nos ocupa, es totalmente claro que las AFP conocen los precedentes jurisprudenciales que han determinado que, en los casos que proceda la ineficacia de traslado del régimen pensional, debe trasladar a Colpensiones los saldos que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional, si lo hubiere, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y siempre con cargo a su propio patrimonio. Por tal razón, resulta temerario y abusivo que las AFP continúen llamando en garantía a las aseguradoras, en el caso particular a Allianz, cuando conoce que no habrá reconocimiento del derecho que reclama.

Así las cosas, es necesario analizar el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en lo que respecta a la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como las cargas que esta corporación ha impuesto a las AFP como consecuencia de la ineficacia declarada, lo anterior con el fin de determinar si es dable que las AFP llamen en garantía a las compañías de seguro, o si por el contrario esto configura en si misma una conducta notoriamente de mala fe y que desborda los límites que el ordenamiento jurídico le impone a las AFP, así:

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, a través de Sentencia 2877-2020, establece que:

“(...) Debe destacarse que la declaratoria de ineficacia conlleva no solo la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la titular, sus rendimientos comisiones por administración como lo dispuso la juez de primera instancia, sino **el reintegro de los valores**

cobrados tanto por COLFONDOS S. A. como por Protección S. A., a título de primas de los seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, sumas que debidamente indexadas le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En igual sentido, esta misma corporación, en Sentencia SL3871-2021, señaló:

*"(...) Se declarará la ineficacia del traslado que el 15 de agosto de 1996 efectuó Aguirre Cardona desde el RPMPD hacia el RAIS, lo que implica que para todos los efectos legales la demandante siempre estuvo afiliada a aquel sistema. Asimismo, se condenará a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros. También se le ordenará **devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Por último, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, a través de Sentencia SL4297-2022, también indicó que:

*" (...) En ese sentido, la precitada administradora, como actual y última administradora pensional a la cual se encuentra vinculado la demandante, deberá trasladar a COLPENSIONES, **los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos, además a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, de la mera observación del precedente jurisprudencial, se evidencia que COLFONDOS S.A. al llamar en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. en virtud de la póliza de seguro previsional No. 0209000001, pretendiendo que la aseguradora realice la devolución de las primas que fueron pagadas y debidamente devengadas como contraprestación por asumir el riesgo asegurado (financiación de la suma adicional para financiar una pensión de invalidez o sobreviviente), en ejercicio del derecho de formular la acción, **desborda los límites que el ordenamiento jurídico le impone a las AFP cuando se declara la ineficacia de traslado pensional, límites que como ya se expuso han sido señalados por la CSJ-Sala de Casación Laboral de manera pacífica y reiterada en diversas sentencias**, las cuales precisan que los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales,

cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, entre otros, deben ser asumidos por los fondos de pensiones que administran el RAIS con cargo a sus propios recursos, dicha medida se impone como consecuencia de un incumplimiento al deber de información y buen consejo en el acto de traslado del RPM al RAIS.

En atención al criterio jurisprudencial sobre la materia, el cual constituye doctrina probable, es claro que las aseguradoras no se encuentran en la obligación de efectuar la devolución de las primas causadas durante el lapso que asumieron amparar el riesgo, por lo tanto, la acción de COLFONDOS S.A. de llamar en garantía, no persigue en sí la finalidad de una restitución de prima puesto que la CSJ- Sala de Casación Laboral predica una postura unánime frente al tema, eximiendo de responsabilidad a las aseguradoras. Evidenciándose con esto, una mala fe y abuso por parte del fondo de pensiones al reclamar un pago y/o restitución que no le asiste, por cuanto:

- El pago de dicho emolumento no constituye riesgo asegurable
- La ineficacia del traslado que se solicita se encuentra por fuera de las coberturas otorgadas en el contrato de seguro que sirve de base para convocar a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. a las diferentes litis.
- Durante el periodo de vigencia del seguro, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., asumió el riesgo y, por ende, no existe ninguna obligación de restituir la prima ya que esta fue debidamente devengada de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio.
- En atención a los pronunciamientos jurisprudenciales, cualquier dinero que se ordene devolver con ocasión a la falta del deber de información incurrido por la AFP COLFONDOS S.A., se efectúa con cargo exclusivo al patrimonio de esta administradora o de la que se encuentre administrando la Cuenta de Ahorro Individual del afiliado.

Ahora bien, como se señaló anteriormente, no todo abuso del derecho genera la obligación de indemnizar a terceros. Para que surja esta obligación y se configure una responsabilidad civil extracontractual por abuso del derecho, es necesario que, además del ejercicio desbordado del derecho, se evidencie la causación de un perjuicio a un tercero como consecuencia de dicho abuso del derecho. Por ello, en el presente caso, el argumento con base en el cual se presentaría la acción de responsabilidad civil extracontractual partiría de los perjuicios generados a la aseguradora materializados en el pago de honorarios profesionales por su defensa en el universo de procesos en los que la AFP ha promovido un llamamiento en garantía a Allianz Seguros de Vida S.A.

Dicho esto, es importante anotar que, aun cuando la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no ha unificado su jurisprudencia respecto al pago de honorarios profesionales por concepto de daño emergente, el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de Sentencia Unificada SU 00133 del 2019 realizó unificación jurisprudencial en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales así:

*(...) esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los **recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales** y, en su defecto, **las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios**. (Negrita y subrayado fuera de texto).*

*Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales "... **predomina el ejercicio del intelecto**, que han sido reconocidas*

por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico”, **están obligadas** a “... **expedir factura o documento equivalente**, y conservar copia de la misma **por cada una de las operaciones que realicen**, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago. (...)

(...) En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, **la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda**, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago. (Negrita y subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado, si la aseguradora aspira una indemnización de perjuicios por el ejercicio abusivo del derecho a litigar de Colfondos consideramos que existe la posibilidad de presentar una acción de responsabilidad civil extracontractual y probar los siguientes elementos: (i) Existencia de una conducta antijurídica consistente en el abuso del derecho a litigar, ii) El perjuicio sufrido materializado en el costo de honorarios legales y administrativos derivados del universo de procesos en los que la aseguradora es llamada en garantía en contravía de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y iii) El nexo de causalidad entre estos dos elementos.

- **La existencia de una conducta antijurídica.**

Respecto a este punto se debe iniciar la acción aportando el precedente judicial que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, con una relación de los casos en los que se ha presentado llamamiento en garantía pese a conocer que la jurisprudencia señala que la obligación de llevar a cabo la devolución de las sumas que corresponden a la prima se encuentra única y exclusivamente en cabeza de la AFP.

En este punto, es menester señalar que a la fecha hay una totalidad de 490 procesos asignados por Allianz Vida respecto a la Nulidad de traslado, de los cuales 23 cuentan con fallo en primera instancia, 06 fallo en segunda instancia y 04 fallo en segunda instancia debidamente ejecutoriado.

- **El perjuicio sufrido.**

De acuerdo con la normatividad y jurisprudencia colombiana, el daño emergente es el menoscabo sufrido al patrimonio de la víctima, en este caso el patrimonio de la aseguradora, de tal forma que le corresponde a esta última probar al despacho que incurrió en un gasto por concepto de defensa jurídica, aun cuando, la Corte Suprema de Justicia ya ha sentado precedentes sobre los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional, cuyas obligaciones recaen única y exclusivamente con cargo al patrimonio de la AFP.

Así las cosas, la aseguradora deberá aportar:

1. Aceptación de honorarios por concepto de defensa jurídica.
2. Factura de pago de honorarios.
3. Soporte de transferencia o pago de los honorarios.

• **La relación o nexo de causalidad entre el actual de la AFP y el daño sufrido por este.**

Respecto a este punto se debe iniciar la acción aportando los soportes probatorios que permitan dar cuenta que, como consecuencia del llamamiento en garantía efectuado por la AFP, a sabiendas que no hay procedencia respecto al derecho reclamado la aseguradora debe incurrir en gastos de defensa que no son recuperados aun con la condena en costas o agencias en derecho por parte del despacho. En ese sentido se debe aportar:

1. Soporte del auto que admite el llamamiento.
2. Soporte de asignación del caso y aceptación de honorarios para la atención del llamamiento en garantía.
3. Soporte de pago que acredite que la aseguradora asumió el pago de honorarios por concepto de defensa.
4. Relación de las costas y agencias en derecho reconocidas por el Despacho.

En conclusión, la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia No. 0209000001 concertada entre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., que se esgrime junto al llamamiento en garantía, no está llamada a afectarse, por cuanto el precedente jurisprudencial señala de forma expresa que cualquier dinero que se ordene devolver con ocasión a la falta del deber de información incurrido por la AFP COLFONDOS S.A., se efectúa con cargo exclusivo al patrimonio de esta administradora o de la que se encuentre administrando la Cuenta de Ahorro Individual del afiliado. En ese sentido, como la AFP COLFONDOS S.A. conoce de forma anticipada que no le asiste derecho a afectar la póliza de seguro previsional y aun así decide llamar en garantía a la aseguradora, incurre denle un abuso de sus derechos subjetivos y, con ello, genera un detrimento económico a la compañía aseguradora, en este caso a Allianz, por los gastos de defensa en los que debe incurrir. Por lo anterior, consideramos que puede ser viable iniciar una acción con COLFONDOS S.A. por los perjuicios generados como consecuencia del abuso a su derecho a litigar.

2) Medidas Cautelares en los procesos declarativos

En el caso de los procesos declarativos, como lo es el proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual, el Código General del Proceso ha establecido como medidas cautelares procedentes las siguientes:

- a) Inscripción de la demanda respecto de bienes sujetos a registro. Es preciso señalar que esta medida no limita el derecho de disposición de los bienes, sin embargo, da publicidad del pleito y oponibilidad respecto a los propietarios o futuros propietarios de los bienes.
- b) Secuestro de bienes muebles, en este caso, la medida recae sobre bienes no sujetos a registro. Es preciso señalar que esta medida produce los mismos efectos que la inscripción de la demanda.
- c) Secuestro de bienes inmuebles. Es preciso señalar que esta medida garantiza que en el caso de sentencia favorable se efectúe la entrega material del inmueble.
- d) Embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado. Es preciso señalar que en caso de sentencia favorable, el Juez ordenará el embargo y secuestro tanto de los bienes afectados con la inscripción de la demanda como de los bienes denunciados como propiedad del demandado en la cantidad suficiente para el cumplimiento de la providencia.

De esta forma se puede concluir que, aun cuando en los procesos declarativos no hay una certeza sobre el derecho y su titularidad, la normatividad jurídica colombiana ha tomado como punto de parte la tutela jurisdiccional efectiva, de aquí que, en caso de una sentencia favorable, las partes cuenten con las instituciones jurídicas correspondientes para ejecutar y hacer cumplir las decisiones impartidas por los juzgadores.

Ahora bien, para el caso objeto de estudio y previa validación sobre los activos de la AFP en cuestión, se determina que en la demanda de responsabilidad civil extracontractual se pueden ejercer las siguientes medidas cautelares en contra de COLFONDOS:

- Inscripción de la demanda, y secuestro respecto de los bienes inmuebles que son propiedad de COLFONDOS. Es preciso señalar que, la cantidad de activos sujetos a esta medida se encuentra determinado por el monto total de las pretensiones (daño emergente) que se pretenda con la presentación de la demanda.
- Embargo de cuentas bancarias cuya titularidad pertenezca exclusivamente a COLFONDOS. Es preciso señalar en este punto que, las AFP al ser sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía ejercen una actividad que de acuerdo con Decreto 2555 del 2010 se caracteriza por la segregación entre los recursos de cada cliente, o grupo de clientes, y los recursos propios de la entidad administradora. En ese sentido, son únicamente objeto de medida cautelar las cuentas que contengan recursos propios de COLFONDOS, pues son estas las que le permiten a la administradora hacer frente a situaciones adversas que son ajenas a los clientes.

De acuerdo con lo expuesto y al verificar la cuantía del daño que se configura por el abuso del derecho en el que incurre la AFP COLFONDOS, se podrán solicitar como medidas cautelares la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes inmuebles, así como el embargo de cuentas de titularidad de COLFONDOS con el objetivo de garantizar la salvaguarda de los intereses de ALLIANZ en este asunto.

En los anteriores términos presentamos nuestro concepto de viabilidad y quedamos a su entera disposición para discutir al respecto.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D. C.

T.P. No. 39.116 del C. S. J.