

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE AFP - supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima. / **DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS AFP** - corresponde a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento. / **INDEXACIÓN** - efecto inherente a la declaratoria de ineficacia.

HECHOS: se declaró la ineficacia del cambio de sistema pensional del demandante, y en su lugar se declaró que el mismo permaneció afiliado al Régimen de Prima Media; se condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, con sus rendimientos, frutos e intereses así como los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas del seguro previsional, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados; Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., fue absuelta de las pretensiones del llamamiento en garantía; y se condenó en costas a la AFP Skandia S.A., en favor del demandante. La AFP Skandia S.A. interpuso el recurso de alzada para que se revoquen las condenas impuestas. En subsidio, solicitó que no se ordene el traslado de las cuotas, comisiones o gastos de administración y que la devolución de las primas del seguro previsional sea ordenada a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Adicionalmente, petitionó que se revoque la condena por indexación y que sea absuelta de la condena en costas.

TESIS: El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones (...). El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero (...) la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento. (...) del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni el traslado horizontal que realizó en el Régimen de Ahorro Individual (...). (...) advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama la pretensora, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Skandia S.A. La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima (...) además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil. (...). Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados (...), destacando que la diferencia

entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento al deber de información. (...) la indexación de los descuentos objeto de devolución, (...) es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones (...). Las costas en esta instancia estarán a cargo de la AFP Skandia S.A., por haberseles resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto.

M.P. SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 30/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-010-2022-00331-01
Demandante: Héctor Raúl Builes Monsalve
Demandadas: AFP Protección S.A., AFP Skandia S.A. y
Colpensiones E.I.C.E.
LL. Garantía: Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto: Apelación y consulta de sentencia
Procedencia: Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia de la afiliación y/o traslado al
Régimen de Ahorro Individual

Medellín, enero treinta (30) de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO, DIEGO FERNANDO SALAS RONDON Y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y aprobado el proyecto propuesto por la magistrada ponente, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Skandia S.A., e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Héctor Raúl Builes

Monsalve contra las AFP Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que la AFP Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., conocido con el Radicado 05001-31-05-010-2022-00331-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Héctor Raúl Builes Monsalve convocó a juicio a las AFP Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; se declare que siempre ha estado válidamente afiliado al Régimen de Prima Media; se ordene a las AFP Protección S.A. y Skandia S.A. devolver todos los valores que recibieron con motivo de su afiliación; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibir las sumas trasladadas; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve nació el 01 de febrero de 1963, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en noviembre de 1979, y se trasladó a la AFP Protección S.A. en agosto de 1995, luego de que un asesor del fondo privado le indicara que podría acceder a la pensión de vejez sin tener en cuenta la edad, y que el ISS entraría en quiebra, se suspendería el pago de las pensiones, y los afiliados serán reubicados en cualquier fondo, sin considerar ninguna elección particular, y que nunca recibió re-asesorías, ni proyecciones comparativas del monto de la pensión.

Adujo que el 30 de abril de 1998 se trasladó a la AFP Skandia S.A.; que el 25 de marzo de 2022 dicha entidad le informó que a los 62 años de edad solo podría acceder a la garantía de la pensión mínima, mientras que en Colpensiones E.I.C.E. tendría derecho a una mesada de \$1.400.000; y que el 27 de abril de 2022 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. autorizar su retorno al Régimen de Prima Media, pero la petición fue rechazada (doc.02, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial legalmente constituido, la **AFP Skandia S.A.** admitió que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve se afilió a la entidad el 30 de abril de 1998, oportunidad en la que le informó de forma clara, completa y veraz en qué consistía, cómo operaba y cuáles eran las características propias del Régimen de Ahorro Individual, los requisitos que debía cumplir para obtener una pensión en este régimen, las distintas modalidades de pensión a las que podía aspirar, y los derechos y las obligaciones que surgían para el afiliado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones aseverando que la afiliación del demandante provino de un traslado horizontal; que el actor contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculado, y pese a ello, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse. En subsidio solicitó que no se ordene la devolución de los gastos de administración ni las primas del seguro previsional; y de consiguiente, propuso como excepciones las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y compensación (págs.01-21, doc.07, carp.01).

Por su parte, **Colpensiones E.I.C.E.** asintió que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve nació el 01 de febrero de 1963, que realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de diciembre de 1973, y le solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 27 de abril de 2022; sin embargo, aseveró que el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual fue completamente válido, siendo que cumplió con los requisitos exigidos por la normativa vigente para la época, y el consentimiento se encuentra exento de vicios; que los efectos derivados de la ineficacia de dicho acto no le son oponibles por ser un tercero de buena fe; y que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de traslado en razón de la edad. En subsidio, solicitó el traslado de los aportes que están en la cuenta de

ahorro individual, junto con los rendimientos generados, y los descuentos realizados, debidamente indexados.

Consecuentemente excepcionó la falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado; inoponibilidad de la responsabilidad de los fondos privados en casos de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del artículo 1604 del CC; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas; buena fe; prescripción; imposibilidad de condena en costas; y la excepción innominada (doc.08, carp.01).

Finalmente, la **AFP Protección S.A.** admitió que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve nació el 01 de febrero de 1963, y se afilió a la entidad el 10 de agosto de 1995; sin embargo, aseveró que el demandante recibió de sus asesores información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada respecto de las características propias de cada régimen pensional, para que de manera libre e informada seleccionara el más conveniente, según sus condiciones personales; y que el actor tuvo la oportunidad de regresar al Régimen de Prima Media pero dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

De consiguiente, excepcionó la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; aplicación del presente sobre actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora; y la excepción genérica o innominada (doc.10, carp.01).

1.3.- DEMANDA DE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Adicionalmente, se advierte que la **AFP Skandia S.A.** llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que, en caso de que se ordene la devolución de primas del seguro previsional, sea dicha aseguradora la obligada a tal devolución.

En sustento de su petición, la AFP Skandia S.A. indicó que entre los años 2007 y 2018 tomó con Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. los contratos de seguro previsional para cubrir, principalmente, los de invalidez por riesgo común, muerte por riesgo común, incapacidad temporal y auxilios funerarios de los afiliados al fondo obligatorio de pensiones que administra; que aquellos contratos estuvieron vigentes desde el 01 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2018; y que realizó el pago de las primas correspondientes para el aseguramiento del actor, razón por la cual, no tiene bajo su disposición los referidos recursos (págs.116-127, doc.07, carp.01).

1.4.- CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La compañía **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, respecto de la demanda principal, dijo que no le constaba ninguno de los hechos enunciados, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el demandante no probó haber sido víctima de un vicio en su consentimiento; y que el actor mantuvo su afiliación al Régimen de Ahorro Individual sin inquietarse por la evolución de su situación pensional, operando la convalidación, ratificación o saneamiento de cualquier vicio. En glosa de ello excepcionó de mérito la inexistencia de causal de ineficacia o nulidad; ratificación o saneamiento de la nulidad; excepción fundada en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* - nadie puede alegar a su favor su propia culpa; improcedencia de reintegro de los rendimientos devengados y gastos de administración; prescripción; y la excepción genérica o innominada.

En lo que concierne al llamamiento en garantía, admitió que expidió las pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que amparaban los riesgos de invalidez y muerte por evento común de los afiliados al fondo de pensiones

obligatorias de la AFP Skandia S.A., bajo el entendimiento que dicha administradora daba cumplimiento oportuno y cabal a sus obligaciones para con sus afiliados; y que el demandante gozó de la protección de los riesgos amparados, siendo improcedente el reembolso o traslado de la prima devengada.

En virtud de lo anterior, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y excepcionó la inexistencia de derecho por parte de la llamante en garantía; el contrato de seguro previsional es un contrato autónomo y obligatorio; el juez en sus decisiones debe respetar el imperio de la ley; *pacta sunt servanda*; el contrato de seguro previsional es oponible al asegurado quien carece de legitimación para demandarlo; el contrato de afiliación del demandante y los fondos es inoponible a mi representada; la pretendida devolución de todo no puede comprender el importe de las primas devengadas; mi representada no está en la obligación de soportar una carga que constituya un gravamen excepcional; convalidación del acto; validez, cumplimiento y agotamiento del contrato de seguro; prima devengada; responsabilidad de Skandia; inoponibilidad de la ineficacia demandada; pagos, compensaciones y restituciones mutuas; falta de título y causa; inexistencia de obligación; prescripción; buena fe; y la excepción genérica o innominada (doc.13, carp.01).

1.5.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 30 de noviembre de 2023, declaró la ineficacia del cambio de sistema pensional del señor Héctor Raúl Builes Monsalve, y en su lugar declaró que el mismo permaneció afiliado al Régimen de Prima Media; condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, con sus rendimientos, frutos e intereses así como los porcentajes correspondientes a los gastos de administración, primas del seguro previsional, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar los recursos captados a título de gastos de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de

pensión mínima, debidamente indexados; condenó a Colpensiones E.I.C.E. a recibir los valores aludidos, e incorporarlos como aportes en la historia laboral del demandante; absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía; y condenó en costas a las AFP Protección S.A. y Skandia S.A., en favor del demandante (doc.35, carp.01).

1.6.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Skandia S.A.** interpuso el recurso de alzada para que se revoquen las condenas impuestas a su representada, aseverando que la entidad no intervino en el acto de traslado de régimen pensional; que la afiliación del demandante fue completamente válida, porque el mismo recibió la información necesaria, y se cumplieron las disposiciones vigentes para la fecha de la afiliación, época para la que no existía la obligación de consignar por escrito la asesoría que se brindaba; y que la diferencia en el monto de la mesada pensional no constituye una violación al deber de información.

En subsidio, solicitó que no se ordene el traslado de las cuotas, comisiones o gastos de administración, porque durante su afiliación se generaron rendimientos que también serán trasladados; y que la devolución de las primas del seguro previsional sea ordenada a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., siendo aquella entidad en la que reposan estos recursos.

Adicionalmente, petitionó que se revoque la condena por indexación, porque surte los mismos efectos que los rendimientos; y que sea absuelta de la condena en costas, por no haber participado en el traslado de régimen pensional y haber actuado siempre de buena fe (desde el minuto 02:49:10, doc.29, carp.01).

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, el vocera judicial de la **AFP Skandia S.A.** insistió en la solicitud de revocatoria de la

sentencia aduciendo que su representada cumplió a cabalidad con el deber de información en los términos que eran exigidos para la fecha de afiliación del demandante; que de la declaratoria de ineficacia solo puede derivarse el traslado de los aportes y rendimiento financieros, por cuanto los gastos administrativos, las primas del seguro previsional, y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima cumplieron con la finalidad para la que fueron destinados; y que la compañía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. sería la única responsable de la devolución de las primas del seguro previsional (doc.03, carp.02).

Por su parte, la poderhabiente judicial de **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia en lo referente a la improcedencia del llamamiento en garantía, con base en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia (doc.04, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por la **AFP Skandia S.A.**, entendiéndose que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

De igual forma procede la consulta en favor de **Colpensiones E.I.C.E.**, en los puntos que no fueron objeto de alzada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve nació el 01 de febrero de 1963 (pág.03, doc.03, carp.01), se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 13 de diciembre de 1979 (págs.52-56, doc.08, carp.01), se trasladó a la AFP Protección S.A. el 10 de agosto de 1995 (pág.52, doc.10, carp.01), y se trasladó a la AFP Skandia S.A. el 30 de abril de 1998 (pág.22, doc.07, carp.01).

- Que el 25 de marzo de 2022 la AFP Skandia S.A. proyectó que a los 62 años de edad el actor tendría derecho a la garantía de pensión mínima, mientras que en el Régimen de Prima Media, tendría una mesada proyectada de \$1.400.000 (págs.20-23, doc.03, carp.01; págs.67-70, doc.07, carp.01).

- Que el 27 de abril de 2022 el demandante le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. declarar la nulidad y/o ineficacia de su traslado de régimen pensional (págs.30-33, doc.03, carp.01), y la petición fue rechazada en la misma fecha, por no haberse acreditado los requisitos para que se anulara el acto jurídico (págs.34-36, doc.03, carp.01).

- Que para el 25 de agosto de 2022 contaba con 1.747,14 semanas cotizadas (págs.50-62, doc.07, carp.01), y \$226.762.768 acumulados en su cuenta de ahorro individual (págs.25-49, doc.07, carp.01).

- Que la AFP Skandia S.A. tomó con la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. la Póliza de Seguro Previsional de Invalidez y Supervivencia No. 9201407000002, vigente entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2018, con el objeto de garantizar las contingencias derivadas de los riesgos de invalidez y muerte de origen común de los afiliados al fondo de pensiones administrado por la tomadora (págs.128-139, doc.07, carp.01; págs.27-34, doc.13, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por el señor Héctor Raúl Builes Monsalve desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 10 de agosto de 1995, adolece de ineficacia; y si la misma irradia su posterior afiliación a la AFP Skandia S.A. en la fecha 30 de abril de 1998?

En caso afirmativo, se establecerá:

¿Si debe ordenarse a las AFP Protección S.A., y Skandia S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional que fueron descontadas por cada una de aquellas, durante los periodos de afiliación del actor, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe devolver las primas del seguro previsional que recibió para garantizar los riesgos de invalidez y muerte del demandante, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

¿Si procede la condena en costas a cargo de la AFP Skandia S.A.?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecencial, debe ordenarse el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también la devolución indexada, y con

cargo al patrimonio de cada uno de los fondos privados a los que estuvo afiliado el demandante, de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización, obligación que de ninguna manera puede extenderse a terceros de buena fe, máxime cuando dicho riesgo no fue asegurado. De consiguiente, la sentencia de primera instancia será **confirmada**.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

El Régimen de Prima Media está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la

pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... *la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para el efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*”.

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*”

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, Decreto 663 de 1993, el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el

Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular de la afiliada, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico

atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, deben aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es:

- i) El deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones,
- ii) La inversión de la carga de la prueba, que les traslada a las mismas la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se tiene por establecido se tiene por establecido que el señor Héctor Raúl Builes Monsalve se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 10 de agosto de 1995, y posteriormente se trasladó a la AFP Skandia S.A. en la fecha 30 de abril de 1998, según se extrae de los formularios de afiliación y del certificado de afiliaciones SIAFP incorporados al plenario.

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante, previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suople con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni el traslado horizontal que realizó en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que se trasladó a la AFP Protección S.A. después de que uno de sus asesores visitara su lugar de trabajo y le indicara que el seguro social se iba a acabar; que para esa época no conocía las condiciones que requería para pensionarse en ninguno de los dos regímenes; que se afilió a la AFP Skandia S.A. en el año 1998 porque el asesor que lo visitó en la empresa en la que trabajaba le ofreció una mesada superior; que nunca recibió asesoría por parte del Instituto de Seguros Sociales ni Colpensiones E.I.C.E.; que pretende retornar al Régimen de Prima Media porque las mayores garantías que le ofrecieron en el fondo privado, respecto de una mejor mesada y pensión anticipada, nunca se cumplieron; que a la fecha desconoce los requisitos necesarios para acceder a la pensión anticipada, o a una mejor mesada; y que solo supo de las diferencias que existen entre ambos regímenes durante el último año (desde el minuto 01:02:10, doc.29, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual ni del Régimen de Prima Media, máxime si se tiene en cuenta que aquel advirtió que para ninguna afiliación recibió acompañamiento ni asesoría por parte de los asesores de los fondos privados, y que recibió los formularios de afiliación directamente de sus empleadores.

Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A., cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama la pretensora, obligación que tampoco se acreditó fuera cumplida por la AFP Skandia S.A.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindó al actor al

momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Skandia S.A.

Consecuentemente, la sentencia apelada y consultada será confirmada en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación del señor Héctor Raúl Builes Monsalve al Régimen de Ahorro Individual, debiéndose entender para todos los efectos que siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima Media.

De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

Y es que además, no puede afectarse el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora del fondo privado accionada, teniendo en cuenta, que fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020, indicando:

“Abora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Y similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (subraya de la Sala)

De igual forma en la primera sentencia citada la alta Corporación se pronunció en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las que hubiere estado vinculado el afiliado en el sentido de indicar que

“... los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen;

en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión”. (SL 2877 de 2020)

De manera particular, se reliva que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no de los Fondos, aunado a ello, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente, debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento al deber de información.

Ahora, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, conforme al artículo 963 del Código Civil, y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Sobre el punto, cumple reliviar que el contrato de seguro previsional suscrito entre la AFP Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., no tiene cobertura frente a las contingencias que puedan presentarse para la AFP llamante en el evento de que sea declarada la ineficacia de la afiliación y traslado de la promotora del

presente juicio a la misma AFP, vale decir, ante la eventual indemnización de perjuicios y/o de reembolso incoada por la AFP Skandia S.A., y aunque en gracia de discusión se llegare a admitir que la referida obligación se deriva del convenio contractual antes descrito, lo cierto es que el único beneficiario de la póliza de aseguramiento, sería el demandante, en su calidad de afiliado al fondo de pensiones, careciendo la AFP Skandia S.A. de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía.

Adicionalmente, no se evidencia en el sub lite un acuerdo contractual que faculte a la AFP Skandia S.A. para pretender en este mismo proceso el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, precisando que la condena se funda en causas imputables a la AFP Skandia S.A., como lo es la omisión al cumplimiento del deber de información que dieron lugar a la sanción de ineficacia respecto del acto jurídico de traslado.

Finalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado la procedencia de la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, como efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo dispuso el a quo.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso el traslado de los aportes y rendimientos financieros obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, y la devolución indexada y con cargo a los propios recursos de las AFP Protección S.A. y Skandia S.A., de las sumas descontadas de la cotización obligatoria del demandante, durante cada periodo de afiliación, por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

De la condena en costas

El numeral 1° del artículo 356 del Código General del Proceso prevé

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”.

Así las cosas, se confirmará la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de la AFP Skandia S.A., siendo que, aunque no participó en el traslado de régimen pensional del señor Héctor Raúl Builes Monsalve, el cual se surtió a través de la AFP Protección S.A., si se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y fue condenada a la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, resultando de tal manera vencida en el proceso.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de la AFP Skandia S.A., por haberseles resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto; se fijan como agencias en derecho en favor del señor Héctor Raúl Builes Monsalve la suma de \$1.300.000 que corresponde a un (1) SMLMV, conforme a lo reglamentado por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

3.- DECISIÓN

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín en el proceso ordinario laboral instaurado por Héctor Raúl Builes Monsalve contra las AFP Protección S.A. Skandia S.A. y Colpensiones S.A., y en el que se llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Skandia S.A., fijan agencias en derecho en favor de Héctor Raúl Builes Monsalve la suma \$1.300.000

3.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO

(Aclara voto)



DIEGO FERNANDO SALAS RONDON

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada