



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-018-2020-00107-01
Demandante: Judith Hernández Martínez
Demandado: AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A.,
AFP Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Garantía: Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, mayo dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la AFP Skandia S.A., y a impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Judith Hernández Martínez contra la AFP Colfondos S.A., la AFP Porvenir S.A., la AFP Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., y en el que se integró el

contradictorio con Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., como llamada en garantía, conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-018-2020-00107-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora Judith Hernández Martínez convocó a juicio a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual; se declare la validez y vigencia de su afiliación al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad; se condene a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes efectuados, incluyendo los rendimientos financieros, y sin ningún descuento por cuotas de administración; y se condene en costas a las entidades demandadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que la señora Judith Hernández Martínez nació el 19 de marzo de 1962, realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales entre febrero de 1986 y abril de 1997, posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., después a la AFP Colfondos S.A., y actualmente se encuentra afiliada a la AFP Skandia S.A.; que cuando se afilió al Régimen de Ahorro Individual no obtuvo suficiente información sobre los requisitos y liquidación de la pensión, que una buena asesoría le hubiere permitido evidenciar que le era más beneficioso quedarse en el Régimen de Prima Media, que los asesores de los fondos privados no tuvieron en cuenta sus condiciones particulares, y se limitaron a indicarle que la rentabilidad le generaría diversos beneficios económicos, y que no le explicaron los riesgos y beneficios de cada régimen pensional, ni las condiciones que debía acreditar en cada uno de ellos para causar el derecho a la pensión de vejez.

Aseveró que a los 57 años de edad obtendrá una mesada de \$947.746 en el Régimen de Ahorro Individual, mientras que en el Régimen de Prima Media

podría pensionarse con una mesada de \$2.691.996; que el 18 de diciembre de 2019 le solicitó a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. el soporte documental de la asesoría brindada previo a cada afiliación, y cada una le informó que no contaba con el aquel porque la asesoría se había llevado a cabo de manera verbal; y que el 19 de diciembre de 2019 le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. recibirlo como afiliado al Régimen de Prima Media, pero su petición fue rechazada por improcedente en la fecha 20 de diciembre de 2019 (doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial, **COLPENSIONES E.I.C.E.** asintió que la señora Judith Hernández Martínez le solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 19 de diciembre de 2019, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que a la demandante le faltan menos de diez años para pensionarse, y que el acto jurídico de traslado al Régimen de Ahorro Individual se encuentra ajustado a derecho, corresponde a la libre y espontánea elección materializada en el formulario de afiliación, es válido y surtió plenos efectos jurídicos.

En su defensa excepcionó la carga dinámica de la prueba – particularidades del caso; inexistencia de vicio en el consentimiento; falta de causa para demandar; devolución indexadas de cuotas de administración – seguros previsionales – comisiones; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas; prescripción; y compensación (doc.03, carp.01).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** dijo que la señora Judith Hernández Martínez se afilió a la entidad en los años 1996, 2000 y 2002 de manera libre, informada y espontánea, después de haber sido veraz, oportuna, y ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales; que la afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones de ambos regímenes se encuentran definidas y

establecidas por la ley, por lo que su desconocimiento no es causal de nulidad ni ineficacia; y que los traslados horizontales efectuados por la demandante durante más de 25 años de afiliación a Régimen de Ahorro Individual, en lugar de trasladarse al Régimen de Prima Media, ratifican su voluntad de pertenecer a aquel.

Así las cosas, y en oposición a las pretensiones, propuso como excepciones las que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; y compensación (doc.13, carp.01).

De otro lado, la **AFP COLFONDOS S.A.** aseveró que la señora Judith Hernández Martínez se afilió a la entidad de manera libre, voluntaria, espontánea e informada; que la demandante fue informada de manera presencial y verbal sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes, y la forma como se liquidaría la pensión, entregándole cálculos comparados que le permitieran entender las diferencias; que fue la actora la que tomó la decisión de trasladarse de régimen teniendo en cuenta la información suministrada en la asesoría previamente brindada; y que el valor real de la pensión solo puede ser determinado cuando la afiliada cumpla los requisitos, y solicite el reconocimiento de la prestación.

Consecuentemente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y de fondo excepcionó la inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; ratificación de la afiliación al fondo de pensiones administrado por Colfondos; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (doc.21, carp.01).

Finalmente, la **AFP SKANDIA S.A.** admitió que la señora Judith Hernández Martínez nació el 19 de marzo de 1962 y se afilió a la entidad el 22 de julio de 2013. Sostuvo que el fondo al través del cual se realizó el traslado inicial de régimen pensional era el llamado a informar a la actora sobre las consecuencias,

ventajas y/o desventajas del mismo; que cuando se produjo el traslado horizontal entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, le brindó a la actora toda la información necesaria; que la estructura y condiciones de ambos regímenes pensionales están contempladas en la Ley 100 de 1993, sin que el desconocimiento de la ley tenga la virtualidad de viciar el consentimiento; que la demandante no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional, siendo inaceptable que alegue el desconocimiento de las condiciones de un régimen en el que ha estado vinculada por tantos años, trasladándose horizontalmente entre sus administradoras por más de tres ocasiones; y que cuando se afilió a la entidad ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse al Régimen de Prima Media en razón de la edad.

De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de mérito excepcionó prescripción de la acción de nulidad; y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (doc.10, carp.01).

Adicionalmente llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que, en caso de que se acojan las pretensiones de la demanda principal, ésta sea condenada a la devolución las primas del seguro previsional; todo ello con fundamento en que tomó un seguro previsional con la referida entidad para el cubrimiento de los riesgos de la invalidez y la muerte de sus afiliados, entre ellos, la señora Judith Hernández Martínez, contrato de seguro que ha estado vigente desde el 01 de septiembre de 2013, época desde la que se han venido pagando las primas correspondientes para el cubrimiento de los riesgos asegurados.

La aseguradora **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 la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria al Régimen de Ahorro Individual en el año 1997, a través de la AFP Porvenir S.A, y posteriormente, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., en el año 2001, luego a la AFP Porvenir S.A. en el año 2002, y

finalmente a la AFP Skandia S.A., en el año 2013, ratificando su voluntad de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual. En glosa de ello excepcionó de mérito la ausencia de causa petendi; inexistencia de obligación de Skandia; sostenibilidad financiera del sistema pensional; improcedencia de reintegro de los gastos de administración; prescripción; y prescripción de ña acción de rescisión.

En lo que concierne al llamamiento en garantía admitió que suscribió un contrato de seguro previsional con la AFP Colfondos S.A., sin embargo, sostuvo que las pretensiones incoadas resultan improcedentes, siendo que los únicos riesgos asegurados fueron la invalidez y la muerte, y que durante la vigencia del contrato otorgó la protección pactada sin que existan elementos de hecho ni derecho que permitan afectar el contrato, o la devolución del precio luego de haber corrido con los riesgos amparados, razones por las cuales se opuso a las pretensiones y excepcionó de fondo: cláusulas que rigen el contrato de seguro; devolución de primas inexigible; ausencia de cobertura; y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro (doc.24, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 13 de marzo de 2023, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Judith Hernández Martínez al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., y su movilidad entre las AFP Colfondos S.A. y Skandia S.A.; ordenó a la AFP Skandia S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, cotizaciones y rendimientos, y con cargo a sus propio recursos, las cuotas de administración, primas del seguro previsional, primas del reaseguro Fogafín, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, descontados de la cotización obligatoria de la actora durante su afiliación, debidamente indexados; ordenó a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. las cuotas de administración y primas del seguro previsional descontados de la cotización

obligatoria de la actora durante cada afiliación; ordenó a Colpensiones E.I.C.E. recibir las sumas antes indicadas, y continuar administrando el fondo de pensiones de la actora; absolvió a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la AFP Skandia S.A.; declaró infundada la excepción de prescripción; y condenó en costas a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., en favor de la demandante.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP SKANDIA S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, teniendo en cuenta que la vinculación de la demandante se dio en cumplimiento del contexto normativo vigente para la época, siendo el formulario de afiliación el único soporte que daba cuenta del consentimiento libre e informado, y que cuando se surtió el traslado horizontal hacia la entidad, la actora ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para el traslado de régimen pensional, por lo que no era posible su retorno al Régimen Prima Media; subsidiariamente solicitó se absuelva a su prohijada del traslado de los gastos de administración, siendo que la misma generó excelentes rendimientos para la afiliada, con los cuales se superan incluso los rendimientos que se hubieren generado en Colpensiones, conforme a lo indicado por la Superintendencia Financiera; se imponga en cabeza de la aseguradora Mapfre la condena referida a la devolución de la prima del seguro previsional, teniendo en cuenta que la misma fue quien los recibió; y se revoquen la condenas por indexación y costas, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de los aportes, y porque no intervino en el traslado de régimen pensional, y siempre actuó de buena fe, y en cumplimiento de la normativa vigente (minuto 01:58:25, doc.35 – Link Audiencia, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos la vocera judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y de la esencia del acto jurídico, que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por el *a quo* en la sentencia opugnada, que le brindó a la demandante la información necesaria para que seleccionara el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación según lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado, que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes del actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada (doc.03, carp.02).

Por su parte, la poderhabiente judicial **AFP SKANDIA S.A.**, alegó solicitando la revocatoria del fallo de primer grado indicando que su representada siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que de manera libre, voluntaria y consciente realizó la demandante, tal y como quedó expresado en el formulario de afiliación; que los descuentos aplicados sobre la cotización obligatoria de la actora no solo garantizaron la rentabilidad de los recursos y el cubrimiento frente a los riesgos de invalidez y muerte, sino que también se hubieren descontado en el Régimen de Prima Media; que con la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante, el contrato de seguro previsional perdió el interés asegurable, y por ello, es Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. quien debe devolver las primas que fueron canceladas (doc.04, carp.01).

Finalmente, el apoderado de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, y agregó que como no tuvo injerencia alguna en los hechos en el traslado de régimen pensional de la actora, y por ser un tercero de buena fe, y haber actuado bajo los parámetros legales y contractuales que rigen el contrato de seguro, tampoco le asiste ninguna responsabilidad sobre las eventuales consecuencias de la

declaratoria de ineficacia; que las primas devengadas se causaron en su totalidad siendo que durante la vigencia del seguro previsional, garantizó el cubrimiento de las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte; que el contrato de seguro no cubre los riesgos operacionales de la AFP Skandia S.A., específicamente en lo referido al pago o devolución de las primas en caso de una eventual declaratoria de ineficacia; que aun en el Régimen de Prima Media a las cotizaciones de los afiliados se les descuenta un porcentaje para garantizar los riesgos de invalidez y muerte.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo 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 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 la señora Judith Hernández Martínez nació el 19 de marzo de 1962, tal y como se desprende del documento de identidad (pág.106, doc.01, carp.01); y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de febrero de 1986, pues así se infiere

del resumen de semanas cotizadas expedido por Colpensiones E.I.C.E. (págs.42-46, doc.03, carp.01), y de la historia laboral válida para bono pensional (págs.38-39,159-160, doc.03).

- Que la demandante se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 26 de junio de 1996 (pag.114, doc.01, carp.01; pág.76, doc.13, carp.01), a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 17 de marzo del 2000 (pág.77, doc.13, carp.01), a la AFP Colfondos S.A. el 25 de abril de 2001 (pág.137, doc.01, carp.01; pag.22, doc.21, carp.01), a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 16 de abril de 2002 (pág.78, doc.13, carp.01), y a la AFP Skandia S.A. el 22 de julio de 2023 (pág.150, doc.01, carp.01; pág.24, doc.10, carp.01).

- Que la AFP Colfondos S.A. y la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. suscribieron la Póliza 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.08-19, doc.20, carp.01; págs.74-93, doc.24, carp.01).

- Que el 18 de diciembre de 2019 la litigiosa por activa le solicitó a Colpensiones E.I.C.E. (pág.165, doc.01, carp.01) y a la AFP Skandia S.A., retornar al Régimen de Prima Media, petición que fue desestimada el 20 de diciembre de 2019 (págs.167-169, doc.01, carp.01) y el 10 de enero de 2020 (págs.47-50, doc.10, carp.01), respectivamente, por encontrarse a menos de diez años de la edad mínima para pensionarse.

- Que para el 28 de febrero de 2020 la actora contaba con 1.779 semanas cotizadas (págs.26-36, doc.10, carp.01), y un saldo acumulado de \$106.586.752 (págs.37-46, doc.10, 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 la demandante el 26 de junio de 1996, desde el Régimen de Prima Media hacia el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Porvenir S.A., y su posterior afiliación a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., a la AFP Colfondos S.A., a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., y a la AFP Skandia S.A. adolecen de ineficacia?

¿Si debe ordenarse a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A., y Skandia S.A., además del traslado de las cotizaciones y los rendimientos financieros, la devolución de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, debidamente indexados, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

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

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

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 consecuencial, debe ordenarse con cargo a los recursos propios de cada uno de los fondos privados a los que estuvo afilada la demandante, el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, debidamente indexados, obligación que de ninguna manera puede extenderse a terceros de buena fe, máxime cuando dicho riesgo no

fue asegurado. Consecuentemente, lo procedente será ADICIONAR y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

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 público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 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 del afiliado, 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 reguló 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 del afiliado, 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; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, 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 con Solidaridad, debe 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 y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada 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 el traslado de régimen pensional de la señora Judith Hernández Martínez, a través de la AFP Porvenir S.A., en la fecha 26 de junio de 1996, con efectividad a partir del 01 de agosto del mismo año, según se extrae del Certificado SIAFP incorporado (pág.24, doc.21, carp.01), no obstante, el formulario de afiliación adosado (pag.114, doc.01, carp.01; pág.76, doc.13, carp.01) no da cuenta de la información brindada a la accionante, en los términos indicados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se supe 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);* por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado a la demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que la misma indicó que previo a su traslado a Porvenir, recibió asesoría por el fondo privado en su puesto de trabajo, durante 15 minutos en los que le sugirió pensar mejor en su futuro pensional a sabiendas de que el Seguro Social se iba a acabar, pero sin brindarle información sobre los beneficios, desventajas o la forma en la que se financiaba y/o liquidaba la prestación de cada régimen pensional, y aunque le informó que sus aportes tendrían rendimientos, no le explicó el impacto que tendrían sobre la prestación; que se trasladó a Skandia porque uno de sus asesores la visitó en su lugar de trabajo y le informó que con dicho fondo tendría mayor rentabilidad, aunque no entendía a qué se

refería el mencionado concepto, y que, aunque le solicitó a dicho asesor que le hiciera un comparativo respecto de la pensión que podría obtener en Colpensiones, nunca lo obtuvo; que previo a la formulación de la presente acción no tuvo conocimiento de la diferencia que existía entre los fondos público y privados; que aunque intentó retornar a Colpensiones, su solicitud de traslado fue rechazada por extemporánea, que a la fecha no ha solicitado el reconocimiento de ninguna prestación pensional (desde el minuto 00:33:50, doc.35 – link audiencia, carp.01).

De lo anterior, es claro que, si bien la gestora del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual ni del Régimen de Prima Media. Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir 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 Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., por la AFP Colfondos S.A., ni por la AFP Skandia S.A.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que la AFP Porvenir S.A., inicialmente le brindo a la actora, esto es, al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a dicha administradora, en la fecha 26 de junio de 1996 (pag.114, doc.01, carp.01; pág.76, doc.13, carp.01), declaratoria que irradia o se hace extensiva a su pretérita afiliación a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 17 de marzo del 2000 (pág.77, doc.13, carp.01), a la AFP Colfondos S.A. el 25 de abril de 2001 (pág.137, doc.01, carp.01; pag.22, doc.21, carp.01), a la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 16 de abril de 2002 (pág.78, doc.13, carp.01), y a la AFP Skandia S.A. el 22 de julio de 2023 (pág.150, doc.01, carp.01; pág.24, doc.10, carp.01).

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 de la 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 de la actora.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionada, teniendo en cuenta que el fondo privado fue quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, 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:

“Ahora, 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 la 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.”

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 la 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”.

De manera particular, se relieves que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la 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 de la 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 particular, cumple relieves 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, tampoco existe una obligación legal de la aseguradora de indemnización de perjuicios y/o de reembolso respecto a 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 la única beneficiaria de la póliza de aseguramiento, sería la demandante, en su calidad de afiliada 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 la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, en caso de una eventual condena por causas imputables a la AFP Skandia S.A., como lo sería la omisión al cumplimiento del deber de información, siendo relevante resaltar, que la aseguradora es un tercero de buena fe y que la devolución de las cuotas de seguro procede como consecuencia de la sanción al acto jurídico de traslado y debe ser asumido con cargo al patrimonio propio de la AFP, tal y como lo tiene ampliamente decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, posición que es acogida por esta Sala.

Y en lo que respecta al argumento de alzada, según el cual la declaratoria de ineficacia de la afiliación conlleva a la inexistencia del contrato de seguro por ausencia de interés asegurable, se reliva que el referido supuesto no puede ser materia de pronunciamiento alguno por ser ajeno a la competencia de esta jurisdicción especializada la definición de toda controversia sobre la eficacia jurídica o validez del contrato de seguro previsional suscrito entre la AFP Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

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 que 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, es un 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 ordenó el *a quo*.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será adicionada únicamente en el sentido de precisar que las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., deben trasladar a Colpensiones E.I.C.E., además de las cotizaciones y rendimientos financieros, y con cargo de sus propios recursos, debidamente indexadas, las sumas descontadas de la cotización obligatoria de la demandante, durante cada periodo de afiliación, por concepto de las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

En lo que respecta a la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de la AFP Skandia S.A., se considera que la misma resulta procedente por haber resultado vencida en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del CGP. Costas en esta instancia únicamente a cargo de la AFP Skandia S.A., por no haber alcanzado prosperidad el recurso de apelación

propuesto. Se fijan como agencias en derecho, en favor de la señora Judith Hernández Martínez, la suma de \$1.160.000 que corresponde a un (1) SMLMV.

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 **ADICIONA** el numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Judith Hernández Martínez contra las AFP Colfondos S.A. Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones S.A., y en el que se llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en el sentido de precisar que las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A., deben trasladar a Colpensiones E.I.C.E., además de las cotizaciones y rendimientos financieros, y con cargo de sus propios recursos, debidamente indexadas, las sumas descontadas de la cotización obligatoria de la demandante, durante cada periodo de afiliación, por concepto de las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.


2.- Se **CONFIRMA** en lo demás la sentencia de origen y fecha conocidos.

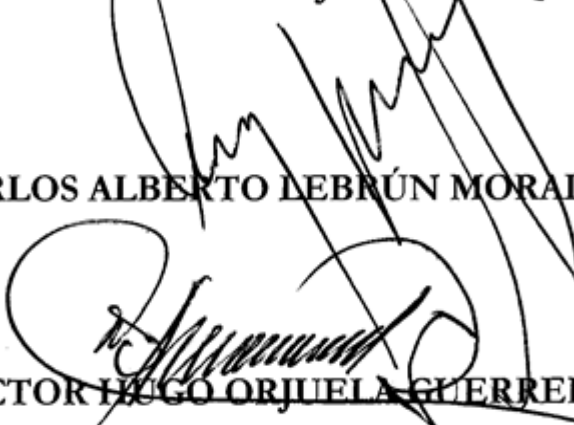
3.- Costas en esta instancia a cargo de la AFP Skandia S.A. y en favor de la señora Judith Hernández Martínez; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

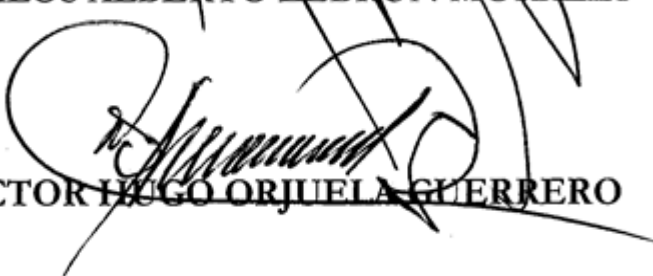
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

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 MARÍA ROJAS MANRIQUE


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO