

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	TERESA DE JESÚS CIRO GARCÍA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
LLAMADA	MAPFRE S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-017-2021-00364-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 272

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 039 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 234 del 2 de agosto de 2022, proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **YESENIA CANO URREGO**, identificada con T.P. No. 271.800 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **TERESA DE JESÚS CIRO GARCÍA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A** y **SKANDIA S.A.**, con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, permitiéndosele la afiliación al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. 2) Que consecuentemente, se condene a las AFP demandadas al traslado a **COLPENSIONES** del saldo existente en la cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos e intereses.

Como sustento de sus pretensiones adujo que, nació el 11 de mayo de 1969, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta 2005, cuando se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, decisión que expuso, asumió sin haber recibido la información oportuna, clara, suficiente, transparente y veraz del caso, toda vez que los asesores que la visitaron le sugirieron que era el momento adecuado para trasladarse, como quiera que esta AFP era más sólida que el ISS, del que le expusieron que para esa época afrontaba problemas financieros, por lo que sus aportes podían correr peligro.

Negó igualmente que le hubieren expuesto algún comparativo entre los regímenes pensionales, y mucho menos instrucción sobre la posibilidad de retracto, el capital requerido para la pensión de vejez, las variables que influían en su resultado, o incluso la proyección de una eventual mesada pensional. A partir de esta información, apuntó que en realidad no le fue otorgado dato sobre las ventajas y desventajas de los regímenes, estando en imposibilidad de vislumbrar la trascendencia de su determinación.

Que posteriormente se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, fondo en el que le se le indicó que, además de no poder trasladarse a **COLPENSIONES** en razón a su edad, podía obtener mejores rendimientos; no obstante, expresó que en esta oportunidad también se evidenció la insuficiencia de información que también se avizoró en la afiliación al anterior fondo.

En ese sentido argumentó que, al ver la molestia generalizada de varias personas por el monto de su pensión en el RAIS, solicitó proyección pensional a **SKANDIA S.A.**, entidad que efectivamente realizó el cálculo respectivo, que arrojó en el régimen privado una mesada equivalente al SMLMV, mientras que en el RPMPD llegaría a la suma de \$4.933.253.

Que en virtud de esta situación, solicitó a las accionadas la ineficacia de su traslado al RAIS, petición que solo fue contestada por **SKANDIA S.A.**, de manera negativa (f. 4 a 17 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR EL DEMANDANTE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE COLPENSIONES e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 3 a 16 Archivo 11 ED).

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; TRASLADO DE APORTES A LA AFP OLD MUTUAL; TRASLADO Y MOVILIDAD DENTRO DEL RAIS A TRAVÉS DE DIFERENTES AFPs CONVALIDA LA VOLUNTAD DE ESTAR AFILIADO A DICHO RÉGIMEN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE* (...)” (f. 3 a 24 Archivo 09 ED).

Por último, **SKANDIA S.A.** manifestó que la vinculación de la demandante a esta entidad se efectuó de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza. Propuso como excepciones las que llamó: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* (...)” (f. 2 a 20 Archivo 10 ED).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La demandada **SKANDIA S.A.** formuló llamamiento en garantía en contra de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f. 75 a 85 Archivo 10 ED), admitido por el Juzgado de primera instancia mediante Auto del 2 de diciembre de 2021 (Archivo 11 ED). Dicha aseguradora se opuso a la demanda con los exceptivos de: “(...) *INEXISTENCIA DE CAUSAL DE INEFICACIA O NULIDAD; RATIFICACION O SANEAMIENTO DE LA NULIDAD; EXCEPCIÓN FUNDADA EN EL PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie*

puede alegar a su favor su propia culpa; IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS RENDIMIENTOS DEVENGADOS Y GASTOS DE ADMINISTRACION y PRESCRIPCIÓN (...)”

Luego, en contra del llamamiento propuso las de: “(...) **EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO 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 DE LA DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA; LA PRETENDIDA DEVOLUCION 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; CONVALIDACION 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 y BUENA FE (...)**” (f. 2 a 20 Archivo 15 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia No. 234 del 2 de agosto de 2022, el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora **TERESA DE JESUS CIRO GARCÍA** identificada con cédula de ciudadanía No. 43.540.645, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y su posterior movilidad a **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, conforme se indica en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, a trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora **TERESA DE JESUS CIRO GARCÍA**, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, igualmente, **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, proceder con el recibo de éstos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral del hoy demandante y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Ordenar a la **AFP PROTECCIÓN S.A** trasladar con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, los gastos de administración y de aseguramiento por el tiempo que estuvo afiliada la actora a esta entidad, debidamente indexados.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de todas las pretensiones formuladas en la presente demanda atendiendo lo indicado en esta providencia.

(...)

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** a favor de la demandante; Se fijan las agencias en derecho en la suma de **DOS MILLONES PESOS (\$2'000.000)**. Por secretaria del despacho liquidense los gastos del proceso. Condenara a **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A** en favor de Mapfre \$1.000.0000. (...)

Para arribar a esta decisión, la Juzgadora de primera instancia rememoró desde un inicio la tesis asumida para estos asuntos por la Sala de Casación Laboral de la CSJ (Sentencias SL2177 SL843, SL755 756 y SL779 de 2022, entre otras), la cual ha precisado que el deber de información de las AFP va desde la antesala de la afiliación hasta la determinación del cumplimiento de las exigencias para el disfrute de cualquier alternativa de pensión, es decir, que el acto de afiliación

debe estar precedido de la decisión libre y voluntaria de la persona, que cumpla con los parámetros de una libertad informada, esto es, que haya recibido una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias

Seguidamente, indicó las etapas de evolución del deber de información (1- Información necesaria clara y transparente; 2- Asesoría y buen consejo; 3- Doble Asesoría), y que la prueba sobre el cumplimiento del mismo se halla radicada en cabeza de la AFP, sin que sea suficiente para ello la exhibición del formulario de afiliación. Igualmente, indicó que la acción de declaratoria de ineficacia no es susceptible de prescribir. En ese sentido, puso de presente que el incumplimiento a dicho deber da lugar a declarar la ineficacia del traslado, lo que tiene como efectos retrotraer las cosas al estado anterior, devolviendo los recursos recibidos por parte de la AFP.

A partir de lo expuesto refirió que, en el caso de la demandante las pruebas no muestran el cumplimiento del deber de información a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, procediendo la declaratoria de ineficacia con las consecuencias económicas descritas a cargo de esta entidad y de **SKANDIA S.A.**, decisión que no se ve afectada por el traslado horizontal efectuado por la afiliada, en la medida que este acto no convalida la afiliación irregular inicial (SL3349-2021).

Frente al llamamiento en garantía formulado por **SKANDIA S.A.** en contra de **MAFPRE S.A.**, argumentó que la entidad de seguros es un tercero de buena fe, no siendo quien generó la falta al deber de información, y conforme la Jurisprudencia, es la AFP quien debe efectuar el reintegro de los recursos correspondientes.

RECURSO DE APELACIÓN

La mandataria de la demandada **SKANDIA S.A.** apeló la sentencia, manifestando que la afiliación de la actora se materializó con base en el contexto normativo vigente para la época, indicándosele las características propias del régimen y lo que tiene que ver con la posibilidad de pensionarse en el RAIS, o la eventual devolución de saldos, resaltando que esta contó con un tiempo de asesoría, espacio en el que pudo obtener la información suficiente para tomar una decisión libre, voluntaria e informada.

Seguidamente expuso que, la actora efectuó un traslado horizontal, época en la que ya estaba incurso en la prohibición de traslado al RPMPD, y solo a través de este proceso, pretendiendo obtener un mejor ingreso, reclama la ineficacia del traslado, aspecto que realmente no puede ser la motivación para sostener la existencia de una falta al deber de información. Recalcó también la obligación que tienen las administradoras de pensiones, conforme el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, de recibir a todos aquellos que suscriban el contrato de afiliación.

De otro lado, expuso que la devolución de las primas de seguro previsional debe ser impuesta a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, entidad con la que se contrató el aseguramiento de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, la cual tiene en su poder tales recursos, y al quedar sin efectos la afiliación, también quedan sin aplicación los contratos o pólizas de seguros suscritas.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado el apoderado de la **DEMANDANTE** arrimó alegato solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, reiterando lo argüido en la demanda en torno a la falta al deber información en la que incurrieron las AFP demandadas, conforme lo previsto en la normatividad aplicable y la Jurisprudencia Laboral (Archivo 04 ED Tribunal).

Luego, la sociedad **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** pidió mantener la absolución decidida en primera instancia (Archivo 03 Tribunal).

A su turno, la apoderada de **SKANDIA S.A.** reiteró que su representada siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó el actor, de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuyo formato preimpreso se encuentra ajustado a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al RAIS, en tanto la información correspondiente fue entregada de manera verbal y personalizada, con lo que aseguró, haber cumplido con todas las obligaciones legales al momento de la vinculación del actor, lo que quiere decir que este se afilió de manera libre y voluntaria, tanto que incluso tuvo la oportunidad de efectuar traslados horizontales.

De otro lado, insistió en la imposibilidad de reintegrar los gastos de administración y demás emolumentos descontados con sustento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda desconocerse la gestión y los seguros tomados por la AFP durante la afiliación del actor al RAIS, postura que se ajusta a lo expuesto por la Superintendencia Financiera sobre esta temática.

Por último, frente al llamamiento en garantía expresó que, al retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, el contrato de Seguro Previsional mencionado también sería parcialmente ineficaz a la luz del artículo 1137 del Código de Comercio y, en consecuencia, la entidad aseguradora prenotada estaría obligada a devolver las primas pagadas por mi representada respecto de la demandante (Archivo 05 ED Tribunal).

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES** manifestó que el traslado de la actora era inviable por estar fuera del término contemplado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, aunado a que la citada ratificó su decisión de afiliarse al RAIS con la suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, adujo que el sistema legal no establece la posibilidad de imponer a su representada una carga económica derivada de un daño en el que no tuvo la posibilidad de evitarlo, máxime que no podía obligar a la demandante a permanecer vinculada en el RPMPD.

De otro lado, arguyó que no podía exigírsele a las AFP la obligación de tener soportes escritos de la información brindada a la persona, como quiera que esta no era una obligación, conforme lo previsto en el Decreto 663 de 1993. Por último, pidió tener en cuenta al resolver la segunda instancia lo considerado por la Jurisprudencia Laboral en punto a la devolución de los gastos de administración, y lo descontado para el seguro previsional, lo cuales pidió trasladar debidamente indexados (Archivo 06 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora, al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, y si hay lugar a declarar la prosperidad del llamamiento en garantía realizado a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** Finalmente se analizará si hay lugar a la exoneración de la indexación en lo relativo a la devolución de los gastos de administración y los tres (3) ítems que lo componen, y de las costas a cargo de la accionada SKANDIA SA, en razón de su actuar de buena fe.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **TERESA DE JESÚS CIRO GARCÍA** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1989 y 2005 (f. 17 a 20 Archivo 06 ED).
- (ii) Que el 1 de junio de 2005 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, y más adelante, el 26 de julio de 2018 se cambió a **SKANDIA S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 31 a 32 Archivo 09 ED y f. 21 a 22 Archivo 10 ED).
- (iii) Que el 7 de mayo de 2021 la actora solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado, petición negada por esa entidad en comunicado de la misma fecha (f. 21 a 23 Archivo 06 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su génesis las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL 1688-2019).

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental; de ahí que, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional. (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido la Máxima Corte de Casación Laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la *ineficacia* y no desde la *nulidad*, centrándose el análisis de la libertad de afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento,

puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la Corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”* (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

Tampoco puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** (f. 31 a 32 Archivo 09 ED y f. 21 a 22 Archivo 10 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que, al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles.

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez

Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, y si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 18:05 a 38:13 Archivo 29 ED), de este no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquel se afilió a la AFP, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría (f. 49 a 51 Archivo 14 ED), pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios efectuados a los diversos fondos privados, ello por cuanto el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al *statu quo*, lo que representa que la situación se retrotrae al estado en que se hallaría de no haberse presentado el cambio de sistema pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el

incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **SKANDIA S.A.**, fondo al que se encuentra afiliada la actora en la actualidad, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de aquella, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, pues, pese a lo señalado en la alzada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse allí, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas

de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En ilación con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

Sin embargo, es menester indicar que, como el presente proceso también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **SKANDIA S.A.** que, dentro de los valores a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado por primas de seguro previsional, recursos que, al igual que los gastos de administración y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Igualmente, se adicionará la sentencia en punto a disponer que **PROTECCIÓN S.A.** reintegre a **COLPENSIONES** lo descontado a la demandante para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de seguro previsional, recursos que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su patrimonio.

Ahora, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se dispone trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se adicionará el numeral segundo, para ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos aparezcan debidamente discriminados, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción, de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública conformado para garantía de las pensiones

del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (CSJ SL2877-2020).

Por otra parte, en relación con el **llamamiento en garantía** formulado por **SKANDIA S.A.**, es de recordar que al tenor del artículo 64 CGP, esta figura tiene por objeto exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el demandado, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia.

En el caso de marras, **SKANDIA S.A** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, en virtud de la póliza suscrita con el objeto de amparar el pago de las sumas adicionales para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y muerte por riesgo común.

Nótese entonces de acuerdo con lo anterior, que son suficientes los argumentos de la Juez de primera instancia para despachar negativamente la petición de condena en contra de la aseguradora, todo porque los límites contractuales son claros, es decir, se ciernen exclusivamente a que la entidad de seguros concurra a cubrir el pago de la suma adicional requerida para financiar prestaciones por invalidez y sobrevivencia, las cuales ni siquiera son materia de debate en el actual asunto, dado que la controversia gravitó en punto a verificar la ineficacia del traslado de la actora, suceso que, además de haber sido muy anterior a la suscripción de la póliza descrita, no tiene por qué afectar al contratante posterior, quien de cara a la disyuntiva surgida es un tercero de buena fe, a quien no le son oponibles los efectos la decisión asumida en sede judicial, motivos por los que habrá de mantenerse la decisión inicial.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia de primer grado en los aspectos descritos. Las costas en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** la Sentencia No. 234 del 2 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:


- **ORDENAR a SKANDIA S.A.** que, dentro de los valores a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado a la señora **TERESA DE JESÚS CIRO GARCÍA** por primas de seguro previsional, rubros que, al igual que los gastos de administración y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su patrimonio.
- **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.** que igualmente reintegre a **COLPENSIONES** lo descontado a la demandante para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de seguro previsional, recursos que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su patrimonio.
- **ORDENAR a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA