

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS ALBERTO GÓMEZ ÁLVAREZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Procedencia: JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 017
Radicado n.º: 05001-31-05-011-2022-00073-01 (O2-23-399)

En Medellín, a los once (11) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario instaurado por **LUIS ALBERTO GÓMEZ ÁLVAREZ** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** como llamada en garantía, con radicado n.º 05001-31-05-011-2022-00073-01 (O2-23-399).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante poderhabiente judicial **LUIS ALBERTO GÓMEZ ÁLVAREZ** pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a las AFP del RAIS demandadas devolver a Colpensiones los aportes pensionales, las cuotas de administración, y los rendimientos financieros durante su vinculación; que se ordene a COLPENSIONES a recibir los dineros correspondientes de la cuenta de ahorro individual. Finalmente, que se condene en costas procesales.

Como sustento fáctico sostuvo que se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde diciembre de 1981; que en junio de 1995 se trasladó a Porvenir S.A., la que incumplió la obligación del buen consejo, sin que se haya dado información clara y completa de los beneficios y consecuencias del traslado; que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y

SKANDIA S.A.; que el 16 de julio de 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pero le fue denegado. (Fols. 1 a 18 archivo No 01)

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 09 de agosto de 2022 (doc. 002 Folio. 01), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 COLPENSIONES: Una vez notificada (doc. 04 pág. 1), contestó la demanda a través de gestor judicial (doc. 006 pág. 1 a 12), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que el acto de traslado se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones; que no se evidencian pruebas de un vicio en el consentimiento o de la indebida información brindada por la AFP del RAIS; que el móvil principal del traslado es el monto de la mesada pensional, lo que no logra configurar la ineficacia. Como excepciones de fondo formuló las de improcedencia de la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; prevalencia de la autonomía de la voluntad privada; prescripción; imposibilidad de condena en costas y, compensación.

1.2.2 PORVENIR S.A.: Una vez notificada, dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial (doc. 07 pág. 1 a 32), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que la afiliación al RAIS fue completamente válida, precedida de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria; que la parte demandante no aporta prueba que permita demostrar vicios en el consentimiento del reclamante al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y compensación.

1.2.3 SKANDIA S.A.: Una vez notificada, dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 29 de agosto de 2022 (doc. 03 pág. 2 a 18), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que el demandante para el momento del traslado contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información que le fue otorgada por la AFP; que el demandante tuvo la oportunidad de ejercer su derecho al retracto y no lo hizo; que el deber de doble asesoría no estaba vigente para la fecha del traslado; que el traslado se efectuó con pleno cumplimiento de los requisitos legales. Propuso como excepciones de fondo las que rotuló: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

1.2.4 PROTECCIÓN S.A.: Una vez notificada (doc. 4 pág. 1) presentó contestación a la demanda a través de apoderada judicial (doc. 08 pág. 1 a 25), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, la cual fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones; que el actor se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Postuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta a terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones, y la innominada o genérica.

1.2.5 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.: Una vez notificada (doc. 10 pág. 1 a 2) presentó contestación al llamamiento en garantía y la demanda a través de apoderado judicial el 02 de mayo de 2023 (doc. 11 pág. 1 a 23), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que los hechos de la demanda son ajenos por completo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia. Como excepciones de mérito frente a la demanda propuso las de inexistencia de causal de ineficacia o nulidad, ratificación o saneamiento de la nulidad, excepción fundada en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegan* – nadie puede alegar a su favor su propia culpa, improcedencia del reintegro de los rendimientos devengados y gastos de administración, prescripción, y la innominada o genérica. Frente al llamamiento en garantía se opuso con fundamento en que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en los casos donde se declara la ineficacia del traslado y se ordena la restitución de gastos de administración, estos deben ser asumidos por las AFP con cargo a sus propios recursos. Indicó como excepciones de fondo las de 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 la aseguradora, la pretendida devolución de todo no puede comprender el importe de la primas devengadas, la aseguradora 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 la obligación, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 04 de diciembre de 2023 (doc. 19 pág. 1 a 2 y audiencia virtual archivo No 18), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, condenando a SKANDÍA S.A., a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a COLPENSIONES las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, y en el evento de haber recibido el pago de algún bono pensional, deberá devolverlo indexado a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para su respectiva cancelación y trámite correspondiente; condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a reintegrar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de manera indexada a COLPENSIONES la cuotas de administración y comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de las AFP como también reactivar la afiliación en forma permanente y sin solución de continuidad; absolvió a Mapfre Colombia de Vida Seguros S.A. de la totalidad de pretensiones del llamamiento en garantía; declaró no probada la excepción de prescripción, y finalmente, gravó en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDÍA S.A., y a favor del demandante.

1.4 Apelación. La decisión fue apelada por las siguientes partes procesales:

1.4.1 PORVENIR S.A.: Manifestó que la afiliación inicial y horizontal fueron válidas, precedidas por una asesoría clara y oportuna; que no se dan los supuestos para declarar la ineficacia, ya que tuvo varios años para conocer las características de los regímenes; que la línea jurisprudencial debe aplicarse de manera diferencial según los presupuestos facticos; que se asumió las cargas probatorias de la AFP para el momento de la afiliación; que las condenas desconocen el principio de irretroactividad de la ley; que no existía obligación de informar por escrito los beneficios y montos pensionales; que no se podía exigir la doble asesoría y buen consejo; que esas cargas fueron impuestas con posterioridad a la data de la afiliación; que la única motivación del demandante para declarar la ineficacia se deriva del monto de la mesada, lo que no es suficiente para declarar la ineficacia, máxime que no es comparable las mesadas en cada uno de los regímenes; que debe revocarse las sumas de gastos de administración, ya que durante el periodo de afiliación cumplió con la finalidad de proporcionar el aseguramiento de invalidez y muerte;

que la Superfinanciera dice que debe respetarse las restituciones mutuas; que no existe motivo que justifique la devolución de las sumas de garantía de pensión mínima, porque no están en poder de la administradora y no puede asumirlo de sus propios recursos; que no es procedente retornar las sumas de manera indexada, ya que si lo que se busca es retornar o resarcir el detrimento económico, éste se ve compensado con las restituciones mutuas.

Al final acota que la indexación constituiría una doble condena, y que frente a la condena en costas deben revocarse, dado que Porvenir siempre ha actuado de buena fe.

1.4.2 SKANDIA S.A.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, puesto que en el interrogatorio y en la prueba documental se afirma que su traslado se dio de manera libre y voluntaria, por lo que no es aplicable la sanción de declarar ineficaz el traslado; que el actor suscribió un formulario de afiliación que cumplía los requisitos formales exigidos a esa fecha; que el traslado cumplió con los requisitos de validez; que la afiliación no fue realizada por la AFP sino por su empleador, por lo que, aquel debe responder por la coacción a la libre escogencia de régimen; que no se llamó a juicio al empleador del demandante, siendo improcedente que las AFP asuman las consecuencias; que no se cuenta con los elementos facticos que dieron paso a la ineficacia del traslado; que el demandante en sus múltiples traslados horizontales en el RAIS adquirió información de cómo funcionaba el régimen pensional, es decir, conocía de la incidencia de los rendimientos y la financiación de la mesada pensional; que con sus actos de relacionamiento adquirió herramientas que le permitían entender cuáles eran las circunstancias del traslado; que el actor incumplió con su deber de diligencia y cuidado de sus propios negocios; que el demandante no se informó de su futuro pensional; que el demandante no se acercó a las oficinas del fondo privado, por lo que, no se puede beneficiar de su propia culpa; que el traslado sólo se motiva por el monto de la prestación económica; que no era obligación de los fondos privados de realizar proyecciones pensionales; que sí se mantiene la ineficacia, se revoque las condenas por gastos de administración, prima de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; que los descuentos se hicieron conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y se utilizó para generar rendimientos; que las sumas de seguros previsionales se entregaron a una aseguradora, es decir, que no se descontaron de manera caprichosa; que los seguros previsionales debe ser asumido por MAPFRE en el entendido que sea aquella quien responda por virtud del llamamiento en garantía; que se afecta el contrato de seguro con MAPFRE, y debe darse aplicación a la sanción del artículo 1137 del Código de Comercio, siendo tal entidad al que restituya dichas primas; que las sumas adicionales tienen una disposición normativa y cumplieron una finalidad; que tales descuentos también son realizados en el régimen de prima media con prestación definida; que los aportes al fondo de garantía de pensión mínima son un beneficio para los afiliados al RAIS, los cuales van destinados a un fondo, por lo que, no es procedente su devolución

con cargo a los propios recursos por parte de la AFP; que no se debe ordenar la devolución de manera indexada, ya que la devaluación se compensa con el traslado de los rendimientos, dando aplicación a las restituciones mutuas; que los rendimientos son superiores a los aportes; que se estaría imponiendo una condena doble. Finalmente, recaba que se revoque la condena en costas, ya que ha obrado de buena fe, cumpliendo con las disposiciones legales para la fecha del traslado y que no tuvo injerencia en el traslado inicial, ni tampoco incumplió con el deber del buen consejo.

1.4.3 MAPFRE SEGUROS S.A.: Impetra que debe condenarse en costas a SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE S.A.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 19 de diciembre de 2023 (Doc. 02, pág. 01 a 02), y en el mismo auto se corrió traslado a las partes, para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que oportunamente Mapfre S.A. peticiona que se confirme la decisión de instancia desestimatoria de cualquier condena contra la llamada en garantía, además que se condene en costas a SKANDIA S.A.; por su parte, Porvenir S.A. solicita que no se ordene la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, puesto que los mismos resultan improcedentes; igualmente, Skandia S.A. solicita que se revoque el fallo de primer grado y se desestime la ineficacia del traslado, por no acreditarse los presupuestos para su declaratoria; Finalmente, Colpensiones insta que se revoque la sentencia, toda vez que el traslado fue válido y en el evento de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene la devolución de todos y cada uno de los emolumentos descontados de las cotizaciones, debidamente indexados.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiará la providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.2 Problemas jurídicos. El *thema decidendi* en la presente Litis se circunscribe en definir:

i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el

extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ii) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **CONFIRMATORIO**, en cuanto a la declaración de ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional a la AFP demandada, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto a las consecuencias jurídicas que determina la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir también el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración, descuentos que deben ser devueltos de manera indexada, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS. En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que el accionante venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 23 de diciembre de 1981 (doc. 1 pág. 27); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (doc. 01 pág. 26), ni por tiempo de servicios (doc. 1 pág. 27); que se trasladó el 30 de junio de 1995 a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (doc. 07 pág. 41); que posteriormente se trasladó a COLPATRIA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 08 de junio de 1999 (doc. 07 pág. 42); que luego se presentó una cesión por fusión el 29 de septiembre del 2000, pasando de COLPATRIA, a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (Fol. 21 archivo No 03); sucesivamente el 28 de octubre de 2008 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 21 archivo No 03), el 07 de diciembre de 2010 a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (doc. 07 pág. 43), a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A. el 25 de julio del 2014 (doc. 03 pág. 19), entidad donde se encuentra actualmente. En últimas, el 16 de julio de 2021 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, pero le fue negado mediante comunicado de la misma calenda (doc. 01 pág. 52 y 56).

2.5 Carga de la prueba y deber de información. Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la más reciente sentencia SL610-2023, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la

carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho del afiliado esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 30 de junio de 1995, la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación inicial al RAIS (doc. 07 págs. 41), probanza de la que no se desprende que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP demandada no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, apercibiendo al promotor del juicio de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuar aportes voluntarios

adicionales o extraordinarios a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que la afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, nótese que el litigioso por activa de la relación procesal en el interrogatorio afirma que no hubo asesoría, y sobre el punto nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información al actor, ni siquiera de manera verbal, por lo que, no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, es decir, se trasladó al accionante sin expresarle cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó el pretensor, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que hubo algún ejecutivo de servicios que haya atendido al litigioso por activa y este cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del demandante frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003, la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de la ineficacia del mismo.

2.6 Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta del consentimiento informado del afiliado. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió PORVENIR S.A., en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de junio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

2.7 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras sentencias, en la SL 1688-2019, apunta que el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que la oportunidad de en el suministro de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de

utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, excepto en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Así las cosas, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.8 Traslado de las cotizaciones. A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, y atendiendo a que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado en el RAIS, consiguientemente la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor, independientemente de si este estuvo afiliado al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

En el anterior contexto, la Sala estima oportuno resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

“i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que 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 con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el

RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.”

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, habida cuenta que a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente preestablecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido detraídos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En esa misma dirección, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la efectividad del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien esta Sala no desmerece que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, es preciso indicar que tal acto aborda es el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, además de no ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales; de ahí que, la Sala se aviene es al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó expuesto en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada (SL 3321-2021 y SL1637-2022), atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, esto es, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto en cuanto que ello no se traduce en una condena sino en

el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos por el transcurso del tiempo, prohiéndose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga asumida por los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, qué alcances tiene la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los siguientes términos: “...Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas**, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

Ello así, habrá de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno del actor al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, junto a la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual del demandante y rendimientos financieros irrogados, incluyendo los rubros detraídos de las cotizaciones por las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP), los que deberán devolverse debidamente indexados.

Frente a todas las devoluciones antes referidas, se precisará que tal orden se deberá realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, pues esta Sala de Decisión Laboral es del criterio que para estos eventos es aplicable el artículo 16 del Decreto 692 de 1994. Igualmente se precisará que las aludidas devoluciones se deberán cumplir siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

En ese orden, como la sentencia de primer grado congloba los conceptos atrás referidos, específicamente en lo que respecta a los gastos de administración, aportes para el Fondo

de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con la indexación, además que se estipula que tal orden se debe cumplir antes de 30 días calendario de que trata el inciso 3 del artículo 16 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, aún vigente, habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.9 Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, debido a que con esta declaración se busca comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto de afiliación y traslado de régimen pensional desde su génesis con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021).”* (SL3871-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia hacen imperativo el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele (SL361-2019).

2.10 Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía, como quiera que se absolvió a MAPFRE S.A. de todas las pretensiones, y que en esta instancia se ordena que debe SKANDIA S.A. devolver los gastos de administración, las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, y aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de manera indexada, habrá de abordarse este asunto.

Es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., el llamado en garantía es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión de la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que se produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante originariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine qua non* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena. Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas pretéritas.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia, en razón a que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que engloba la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, y en esa medida la citada Ley autoriza la contratación de seguros previsionales con el pago de un porcentaje de los aportes pensionales que realice el actor; ello por sí solo no evidencia que dicha aseguradora tenga como función garantizar patrimonialmente alguna obligación que se contraiga en desarrollo de este juicio, o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar con una sentencia condenatoria, como quiera que a aquella sólo le compete amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, lo que no está aquí en discusión.

Nótese que en la póliza allegada (Fol. 108 archivo No 03) se registró como cobertura principal el amparo de la contingencia de la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que su cobertura sólo corresponda a la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda derivarse su legitimación para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, en los términos en que se pactó la póliza adquirida, con el pago de la prima correspondiente. Así las cosas, no se abre paso el reconocimiento pretendido.

2.8 Costas. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.300.000** a cargo de cada una, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, de acuerdo con la regla prevista en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. No se impondrá condena en costas contra COLPENSIONES, en tanto la sentencia de primer grado fue analizada integralmente en el grado jurisdiccional de consulta a su favor. De las de primera instancia se confirman las impuestas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., pues fungieron como demandadas y ejercieron férrea defensa en punto a desestimar las pretensiones de la demanda, amén de que se generan dichas expensas como parte vencida en el proceso, con apego a lo dispuesto con el artículo 365 *ejusdem*.

Ahora, en cuanto al reproche de la llamada en garantía de que se condene en costas a SKANDIA S.A., debe señalarse que en efecto esta entidad llamó en garantía a MAPFRE

SEGUROS DE VIDA S.A., entidad sobre la cual se desestimaron las pretensiones del llamamiento en garantía en la sentencia de primera instancia, lo que de suyo, y de conformidad con el artículo 365 del CGP, debía imponerse costas a cargo de SKANDIA S.A., pues de cara al llamamiento en garantía, SKANDIA S.A. resultó ser parte vencida en el proceso. Así las cosas, SKANDIA S.A. deberá ser condenada en costas de primera instancia y en favor de MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A. Tásense.

En segunda instancia, como quiera que SKANDIA S.A. activó la alzada en contra de MAPFRE S.A, aduciendo que debía ser aquella entidad la que debe responder, y se desestimó tal censura, también debe correr con las consecuencias, y por ende, hay lugar a imponer costas procesales, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.300.000** a favor de MAPFRE S.A., de acuerdo con las previsiones del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 04 de diciembre de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., y en favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.300.000, a cargo de cada una. Las costas de primera instancia respecto de PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., se confirman.


Parágrafo: COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A S.A. fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.300.000. Las costas de primera instancia se revocan y se ordena que se fijen las mismas a cargo de SKANDIA S.A. y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



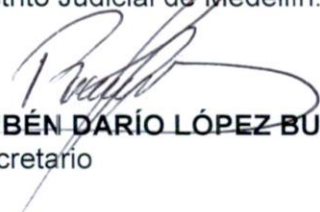
MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario