

TEMA: DECLARATORIA DE INEFICACIA - La declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado, corresponde a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento. /

HECHOS: El demandante convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad de su afiliación a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual codemandadas, y se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media; de consiguiente, pretende que se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a totalidad de las sumas que reposen en su cuenta individual. En primera instancia se declaró la ineficacia del traslado; se condenó, a la AFP Protección S.A. a trasladar el monto del capital ahorrado por el actor, y a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y hasta la fecha en que se materialice el traslado efectivo; se condenó a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar, con cargo a sus propios recursos, y de forma indexada, los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho.

TESIS: (...) Artículo 271. Sanciones Para El Empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (...) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. (...) En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento. (...) No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada al accionante, previo a que se surtiera el acto jurídico del traslado, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se sule con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado” (sentencia SL3871 de 2021); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del demandante para asentir el traslado de régimen pensional, ni los traslados horizontales que realizó en el Régimen de Ahorro Individual, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. (...) Aunado a lo que se viene diciendo, esta Colegiatura advierte que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse

que la AFP Porvenir S.A. cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor. (...) En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A. le brindó al actor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, declaratoria que irradia o se hace extensiva a las afiliaciones que en su orden realizó posteriormente a la AFP Skandia S.A., a la AFP Porvenir S.A., a la AFP Skandia S.A., a la AFP Porvenir S.A., y a la AFP Protección S.A. Consecuentemente, la sentencia apelada y consultada será confirmada en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación del señor demandante al Régimen de Ahorro Individual, debiéndose entender para todos los efectos que siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima media. (...) La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al fondo de garantía mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor. (...) Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso tanto el traslado de los aportes y rendimientos financieros, como la devolución indexada, y con cargo a los recursos propios de las AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A., de las cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional que afectaron el valor de la cotización, respecto del periodo en que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

M.P: SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

FECHA: 06/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicado: 05001-31-05-012-2021-00432-01
Demandante: Oscar Hernando Parada Barreneche
Demandadas: AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A.,
 AFP Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Litis Pasiva: AFP Colfondos S.A.
Ll. Garantía: Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
Asunto: Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia: Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: Ineficacia de la afiliación y/o traslado al
 Régimen de Ahorro Individual

Medellín, mayo seis (6) de dos mil veinticuatro (2024)

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las codemandadas AFP Porvenir S.A y Skandia S.A., e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 19 de marzo de 2024 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Oscar Hernando Parada Barreneche contra las AFP

Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en el que la AFP Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., y en el que se integró el contradictorio con la AFP Colfondos S.A. como litisconsorte necesaria por pasiva, conocido con el Radicado 05001-31-05-012-2021-00432-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Oscar Hernando Parada Barreneche convocó a juicio a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia y/o nulidad de su afiliación a las administradoras del Régimen de Ahorro Individual codemandadas, y se declare que siempre ha estado válidamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media; de consiguiente, pretende que se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a totalidad de las sumas que reposen en su cuenta individual; se condene a Colpensiones E.I.C.E. admitirlo como afiliado, y recibir la totalidad de las sumas que le sean trasladadas; y se condene en costas a las entidades accionadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche nació el 04 de julio de 1962, que fue abordado por un asesor comercial de la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A., quien lo convenció de trasladarse de régimen de pensional, comunicándole exclusivamente las ventajas del Régimen de Ahorro Individual y las desventajas del Régimen de Prima Media, y sin realizarse un estudio previo, individual y concreto sobre situación pensional en ambos regímenes, que aquel asesor no le brindó una asesoría completa, idónea, ni transparente sobre los requisitos que debía acreditar para pensionarse en el nuevo sistema.

Adujo que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. en el año 2011, y a la AFP Skandia S.A. en el año 2013, sin que mediaría ninguna asesoría, regresó en el año 2014 a la AFP Porvenir S.A., bajo la promesa de un mejor desempeño, y finalmente se

trasladó a la AFP Protección S.A. en el año 2019 la cual le ofreció un mejor servicio, entidad que le proyectó el reconocimiento de una mesada pensional de \$4.268.734, a los 62 años, mientras que en el Régimen de Prima Media la mesada fue liquidada en \$7.830.584, con la misma edad.

Informó que el 23 de agosto 2021 solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones E.I.C.E. petición que fue desestimada en la misma fecha porque se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse, restricción que desconocía, pues nunca le fue informada por ninguna de las administradoras del Régimen de Ahorro Individual a las que estuvo afiliado (doc.02, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial legalmente constituido **Colpensiones E.I.C.E.** asintió que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche nació el 04 de julio de 1962, que estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, y le solicitó retornar al Régimen de Prima Media el 23 de agosto de 2021, petición que fue rechazada en la misma fecha porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que el actor se trasladó válidamente al Régimen de Ahorro Individual, que aquel acto jurídico cumplió con los requisitos previstos por la normativa vigente para la época; que los efectos derivados de la ineficacia de dicho acto no le son oponibles por ser un tercero de buena fe; y que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de traslado en razón de la edad. En subsidio, solicitó el traslado del saldo obrante en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, cuotas de administración, primas de seguro previsional, y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexados. Consecuentemente excepcionó de mérito la imposibilidad de que Colpensiones decrete la ineficacia del traslado; inexistencia de intereses moratorios; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; y la innominada o genérica (doc.07, carp.01).

Por su parte, la **AFP Skandia S.A.** admitió que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche nació el 04 de julio de 1962, se afilió a la entidad el 24 de mayo de 2001 y el 28 de agosto de 2023, oportunidades en la que le informó de forma clara, completa y veraz: en qué consistía, cómo operaba y cuáles eran las características propias del Régimen de Ahorro Individual, los requisitos que debía cumplir para obtener una pensión en este régimen, las distintas modalidades de pensión a las que podía aspirar, y los derechos y las obligaciones que surgían para el afiliado.

Aseveró que la afiliación del demandante, en ambas oportunidades, provino de un traslado horizontal; que el actor contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculado, y pese a ello, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse. En subsidio solicitó que no se ordene la devolución de los gastos de administración ni las primas del seguro previsional. De consiguiente, propuso como excepciones las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (págs.01-22, doc.08, carp.01).

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.** asintió que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche se afilió a la entidad el 20 de enero de 2011 y el 01 de noviembre de 2014, sin embargo, aseveró que ambas afiliaciones se produjeron en virtud de una decisión voluntaria y libre del demandante, en la medida que su representada brindó asesoría clara, suficiente y veraz respecto a los regímenes pensionales, a sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas.

Sostuvo que el actor no aportó ninguna prueba que acredite vicios en el consentimiento cuando se afilió a esta administradora, y además decidió permanecer afiliado al mismo régimen, a través de diferentes administradoras, teniendo la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media. En vista de ello, resistió la prosperidad de las pretensiones excepcionando de mérito prescripción; prescripción de la acción de nulidad; y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (doc.10, carp.01).

De otro lado, la **AFP Colfondos S.A.**, integrada como litisconsorte necesaria por pasiva (doc.14, carp.01), dijo que no le constaban los hechos de la demanda, porque estaban referidos a terceros; y aseveró que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche nunca ha estado afiliado a la entidad, y en virtud de ello excepcionó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación, falta de causa y de objeto, y pago; prescripción; y la excepción innominada o genérica (doc.14, carp.01).

Finalmente, se advierte que la **AFP Protección S.A.**, pese de haber sido notificada en debida forma (doc.09, carp.01), no presentó contestación, situación de la que se dejó constancia en auto del 18 de abril de 2023, advirtiendo que la misma se tendría como indicio grave en su contra (doc.18, carp.01).

1.3.- LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La **AFP Skandia S.A.** llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. para que, en caso de que se declare la ineficacia deprecada, y de contera, se ordene la devolución de las cuotas de administración, incluyendo las primas del seguro previsional, sea dicha aseguradora la obligada a esta devolución.

En sustento de su petición, la AFP Skandia S.A. indicó que tomó con la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. las pólizas de seguro previsional para cubrir, principalmente, los riesgos de invalidez de origen común, muerte de origen común, incapacidad temporal y auxilios funerarios de los afiliados al fondo obligatorio de pensiones que administra; que aquellos contratos estuvieron vigentes desde el 01 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2014; y que realizó el pago de las primas correspondientes para el aseguramiento del señor Oscar Hernando Parada Barreneche, entre los años 2001 a 2011 y 2013 a 2014, razón por la cual, los referidos recursos no se encuentran a su disposición (págs.87-97, doc.08, carp.01).

1.4.- CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

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

En lo que concierne al llamamiento en garantía, admitió que expidió las pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia que amparaban los riesgos de invalidez y muerte por evento común de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias de la AFP Skandia S.A., bajo el entendimiento que dicha administradora daba cumplimiento oportuno y cabal a sus obligaciones para con sus afiliados; y como recibió el pago de las primas correspondientes, el señor Oscar Hernando Parada Barreneche, como los demás afiliados de aquel fondo privado, gozaron de la protección de los riesgos amparados, siendo improcedente su reembolso o traslado.

En virtud de lo anterior, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y excepcionó de fondo la inexistencia de derecho por parte de la llamante en garantía; el contrato de seguro previsional es un contrato autónomo y obligatorio; el juez en sus decisiones debe respetar el imperio de la ley; *pacta sunt servanda* - los pactos son para cumplirse; el contrato de seguro previsional es oponible al asegurado quien carece de legitimación para demandarlo; el contrato de afiliación del demandante y los fondos es inoponible a mi representada; la pretendida devolución de todo no puede comprender el importe de las primas devengadas; mi representada no está en la obligación de soportar una carga que constituya un gravamen excepcional;

convalidación del acto; validez, cumplimiento y agotamiento del contrato de seguro; prima devengada; responsabilidad de Skandia; inoponibilidad de la ineficacia demandada; pagos, compensaciones y restituciones mutuas; falta de título y causa; inexistencia de obligación; prescripción; buena fe; y la excepción genérica o innominada (doc.36, carp.01).

1.5.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 19 de marzo de 2024, declaró la ineficacia del traslado del señor Oscar Hernando Parada Barreneche al Régimen de Ahorro Individual; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar el monto del capital ahorrado por el actor, con sus respectivos rendimientos financieros, y a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del mismo entre el 01 de junio de 2016 y hasta la fecha en que se materialice el traslado efectivo, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora; y condenó a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar, con cargo a sus propios recursos, y de forma indexada, los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, para la primera, entre el 01 de septiembre de 1997 y el 30 de junio de 2001, entre el 01 de marzo de 2011 y el 30 de septiembre de 2013, y entre el 01 de enero de 2015 y el 31 de mayo de 2019, y para la segunda, entre el 01 de julio de 2001 y el 28 de febrero de 2011, y entre el 01 de octubre de 2013 y el 31 de diciembre de 2014.

En igual sentido, ordenó a Colpensiones E.I.C.E. a recibir de las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., las sumas que se les ordenó trasladar, e incorporarlas como aportes pensionales en la historia laboral del demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados, de acuerdo a los ingresos

bases de cotización reportados, las cuales habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional; y advirtió que si la suma de los conceptos que se ordenaron trasladar resulta inferior al valor del aporte legal y los rendimientos que se hubieren generado en el Régimen de Prima Media, serán las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual las que deberán asumir dicha diferencia, en proporción al periodo en que el actor permaneció afiliado a cada una de ellas.

Finalmente, declaró probadas la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por la AFP Colfondos S.A., absolviéndola de las pretensiones de la demanda, y la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., absolviéndola tanto de las pretensiones de la demanda como del llamamiento en garantía; e infundadas las demás excepciones formuladas; y condenó en costas a las Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., en favor del demandante; y a la AFP Skandia S.A., en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que los fondos privados tenían la obligación de brindar información suficiente, clara y veraz sobre las diferencias entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual; que la carga de la prueba se invirtió en favor de la afiliada, sin que las demandadas hubieren acreditado el suministro de dicha información; y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también la devolución indexada de lo descontado de los aportes por concepto de cuotas de administración, seguros previsionales y garantía de la pensión mínima (desde el minuto 01:18:20, doc.44, carp.01).

1.6.- RECURSO DE APELACIÓN

El poderhabiente judicial de la **AFP Porvenir S.A.** impetró la alzada procurando la revocatoria íntegra del fallo de primer grado, sustentando que su representada cumplió a cabalidad con cada una de las exigencias establecidas al momento de

efectuarse el traslado de régimen pensional; que la devolución conjunta de los gastos de administración y los rendimientos financieros es improcedente de cara al principio de restituciones mutuas; que lo contrario conlleva a un enriquecimiento sin causa del Régimen de Prima Media, quien se terminaría beneficiando por una administración que no hizo; que en cumplimiento de la misma legislación, el demandante fue asegurado ante la contingencia de los riesgos de invalidez y muerte, y en razón de ello, tampoco hay lugar al traslado de las primas del seguro previsional; que la orden para la devolución los aportes al Fondo de Garantía Y Pensión Mínima desborda los efectos de la ineficacia; y que tampoco debió ordenarse la indexación de dichos conceptos, porque, con los rendimientos financieros, Colpensiones E.I.C.E. recibirá un bien mejorado, producto de la administración adelantada por la entidad que representa (desde el minuto 01:44:15, doc.44, carp.01).

De otro lado, el apoderado judicial de la **AFP Skandia S.A.** apeló la sentencia de primera instancia, para que se revoquen las órdenes impuestas a su representada, teniendo en cuenta que el demandante admitió que conocía las características del régimen de ahorro individual, y sus diferencias con el régimen de prima media, además, de que siempre estuvo acompañado por los asesores comerciales de cada fondo privado, sin que sea factible que ahora pretenda beneficiarse de su propia culpa por no haberse interesado en su futuro pensional; y que la diferencia en el monto de la mesada pensional no constituye una violación al deber de información, máxime teniendo en cuenta las modificaciones que se han suscitado respecto de su liquidación.

En subsidio, solicitó que no se ordene el traslado de las cuotas, comisiones o gastos de administración, por cuanto los mismos se destinaron a generar los rendimientos que también serán trasladados; que las primas del seguro previsional garantizaron el cubrimiento ante las contingencias de invalidez y sobrevivencia, y fueron trasladadas a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., surtiendo, la declaratoria de ineficacia, la extinción del interés asegurable objeto del contrato que las vinculaba; que los aportes al fondo de garantía a la pensión mínima se descuentan con

sustento en la legislación, y no hay fundamento legal para que la entidad deba asumirlos con sus propios recursos; que la indexación es improcedente porque surte los mismos efectos que los rendimientos; y que no hay lugar a la condena en costas, por no haber participado en el traslado de régimen pensional y haber actuado siempre de buena fe (desde el minuto 01:47:20, doc.44, carp.01).

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la vocera judicial de la **AFP Colfondos S.A.**, bajo la premisa de que en la primera instancia se profirió condena contra su representada, solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, y se absuelva a su prohijada de las pretensiones incoadas en la demanda, arguyendo que no se probó la ausencia de los requisitos esenciales del acto jurídico de traslado de régimen pensional; que la selección efectuada por el actor fue libre y voluntaria; que la juez de primera instancia le impuso cargas probatorias inexistentes; no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financieros por no haberse probado la mala fe de su representada; y que en virtud de las restituciones mutuas, tampoco hay lugar al reintegro de los gastos de administración (doc.03, carp.01)

A su turno, el apoderado judicial de la **AFP Porvenir S.A.** insistió en la solicitud de revocatoria del fallo de primer grado, arguyendo que la afiliación de la actora no adolece de nulidad o ineficacia, siendo que cumple los requisitos de existencia y de la esencia del acto jurídico, que la normativa que rige la libre escogencia de régimen pensional no refiere los efectos establecidos por el *a quo* en la sentencia opugnada, que le brindó a la demandante la información necesaria para que seleccionara el régimen más conveniente y de ello se dejó constancia en el formulario de afiliación según lo establecido en la normativa vigente para la época del traslado, que deben autorizarse las restituciones mutuas siendo que siempre ha actuado de buena fe, y que los aportes del actor no se han visto afectados por la devaluación de la moneda porque sobre los mismos se garantizó una rentabilidad mínima, siendo improcedente la indexación ordenada (doc.04, carp.02).

Por su parte, la poderhabiente judicial de la **AFP Skandia S.A.** reiteró las consideraciones bosquejadas con la interposición de la alzada, indicando que su representada siempre actuó de buena fe durante la afiliación que de manera libre, voluntaria y consciente realizó el demandante; que descontó un porcentaje por gastos de administración, y en virtud de ellos se han cumplido todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes, los cuales incluso le generaron rendimientos financieros; y que, en todo caso, las primas de los seguros previsionales fueron trasladados a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., siendo ésta la responsable de disponer su devolución (doc.05, carp.02).

De otro lado, la apoderada judicial de la aseguradora **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, solicitó que se confirme el fallo de primera instancia, en cuanto declaró probada la excepción de inoponibilidad de la ineficacia y absolvió a su representada de las pretensiones formuladas con el llamamiento en garantía, por encontrarse ajustada a derecho (doc.06, carp.01).

Finalmente, **Colpensiones E.I.C.E.** alegó que no es dable que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, siendo que el acto jurídico cumplió con los requisitos de fondo y de forma para ser válido, y los fondos privados accionados dieron cumplimiento a lo que en su momento correspondía al deber de información (doc.07, carp.01).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

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

modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, respectivamente.

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

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN LA PRIMERA INSTANCIA

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche nació el 04 de julio de 1962 (pág.28, doc.02, carp.01), y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 06 de octubre de 1987 (págs.55-56, doc.02, carp.01; págs.565-569, doc.07, carp.01)
- Que se trasladó a la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A., 31 de julio de 1997 (pág.61, doc.02, carp.01; pág.45, doc.10, carp.01); a la AFP Skandia S.A. el 24 de mayo de 2001 (págs.71-72, doc.02, carp.01; págs.23-24, doc.08, carp.01); y a la AFP Porvenir S.A. el 20 de enero de 2011 (págs.46-48, doc.02, carp.01).
- Que también se trasladó a la AFP Skandia S.A. el 28 de agosto de 2013 (págs.73-74, doc.02, carp.01; págs.25-26, doc.08, carp.01); a la AFP Porvenir S.A. el 01 de enero de 2014 (págs.46-48, doc.02, carp.01); y a la AFP Protección S.A. el 02 de abril de 2019 (pág.39, doc.02, carp.01).
- Que el 23 de agosto de 2021 diligenció un formulario de afiliación a Colpensiones E.I.C.E. (pág.78, doc.02, carp.01; pág.36, doc.07, carp.01), pero el traslado de régimen fue rechazado en la misma fecha porque se encontraba a diez (10) años o

menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.79, doc.02, carp.01; pag.38, doc.07, carp.01).

- Que el 03 de septiembre de 2021 la AFP Protección S.A. proyectó que a los 62 años de edad se pensionaría con una mesada de \$4.268.734 en el Régimen de Ahorro Individual, mientras que en el Régimen de Prima Media alcanzaría una mesada de \$7.803.584 (págs.34-38, doc.02, carp.01); y que para el 03 de septiembre de 2021 contaba con 1.360,72 semanas cotizadas, y un saldo acumulado de \$388.897.331 (págs.41-54, doc.02, carp.01).

- Que la AFP Skandia S.A. tomó con la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. la Póliza de Seguro Previsional de Invalidez y Supervivencia 9201407000002, vigente entre el 01 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2018, con el objeto de garantizar las contingencias derivadas de los riesgos de invalidez y muerte de origen común de los afiliados al fondo de pensiones administrado por la tomadora (págs.98-109, doc.08, carp.01; págs.24-31, doc.36, carp.01).

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala: ¿Si la sentencia proferida en el proceso de la referencia se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si el traslado efectuado por el señor Oscar Hernando Parada Barreneche desde el Régimen de Prima Media hacía el Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A., en la fecha 31 de julio de 1997, adolece de ineficacia; y si la misma irradia su posterior afiliación a la AFP Skandia S.A., en la fecha 24 de mayo de 2001, a la AFP Porvenir S.A., en la fecha 20 d enero de 2011, a la AFP Skandia S.A., en la fecha 28 de agosto de 2023, a la AFP Porvenir S.A. en la fecha 01 de noviembre de 2014, y a la AFP Protección S.A., en la fecha 02 de abril de 2019?

En caso afirmativo, se establecerá: ¿Si debe ordenarse a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., y Skandia S.A., además del traslado de las cotizaciones y los

rendimientos financieros, la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las comisiones de administración, los aportes al fondo de garantía mínima, y las primas del seguro previsional que fueron descontadas por cada una de aquellas, durante los periodos de afiliación del actor, como consecuencia de la ineficacia?

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

Finalmente, se esclarecerá ¿Si procede la condena en costas a cargo de la AFP Skandia S.A., y en favor del demandante y de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en la primera instancia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de traslado por el incumplimiento del deber de información, y de forma consecencial, debe ordenarse el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también la devolución indexada, con cargo al patrimonio de cada fondo privado, de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, obligación que de ninguna manera puede extenderse a terceros de buena fe, máxime cuando dicho riesgo no fue asegurado.

De consiguiente, se **confirmará** en su integridad la sentencia de primera instancia.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la Ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el Régimen de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos

Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

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

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

En este contexto de dualidad, cumple memorar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece:

“ARTICULO. 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o

jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”

Al respecto, se tiene que el artículo 271 ibídem dispone:

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

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

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el Decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular de la afiliada, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber

permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras pensionales, como condición de eficacia de la afiliación inicial o el traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

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

De acuerdo con la *ratio decidendi* de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual, deben aplicarse las dos sub reglas principales establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es:

- i) El deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones,

- ii) La inversión de la carga de la prueba, que les traslada a las mismas la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se tiene por establecido que el señor Oscar Hernando Parada Barreneche se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A., el 31 de julio de 1997; posteriormente se afilió a la AFP Skandia S.A., el 24 de mayo de 2001; a la AFP Porvenir S.A., el 20 de enero de 2011; a la AFP Skandia S.A. el 28 de agosto de 2023; a la AFP Porvenir S.A. el 01 de noviembre de 2014, y a la AFP Protección S.A., en la fecha 02 de abril de 2019, según se extrae de los formularios de afiliación y del certificado de afiliaciones SIAFP incorporados al plenario.

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

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que en 1997 se afilió a la AFP Colpatria S.A., cuando dos asesores la entidad se acercaron a la empresa en la que trabajaba, y le explicaron cómo funcionaban los fondos privados: que el ahorro le pertenecía al afiliado, que dinero era administrado por profesionales, y que se diferenciaba del

ISS porque en este la mesada se liquidaba sobre el promedio de todos afiliados, mientras que en aquel todo el ahorro era del afiliado, lo que significaba una mejor mesada, que sus ahorros no se verían afectados por ningún inconveniente político, y que no le explicaron que sucedería con sus aportes en caso de que falleciera; que en el año 2011 afilió a la AFP Porvenir S.A., porque así se lo pidió su hermana, quien tenía una amiga en el fondo privado que necesitaba cumplir con las afiliaciones, oportunidad en la que solo diligenciaron el formulario de traspaso, no tuvieron ninguna conversación adicional; y que se trasladó en otras dos (2) ocasiones, ambas acompañadas por un asesor comercial, la primera, por la rentabilidad, le mostraron un cuadro con cifras, y la segunda, porque no volvió a tener contacto con el asesor, pero no recuerda en que momento o con qué fondo se surtieron esos traslados.

También dijo que los requisitos para pensionarse en el régimen privado son 62 años, pero no sabe cuántas semanas; que no recuerda que ninguno de los fondos le informara que si reunía cierto capital podría pensionarse, o que de ello dependiera el monto de su mesada pensional; que le ofrecieron la posibilidad de realizar aportes voluntarios para tener beneficios tributarios; que no presentó reclamaciones por la administración de sus aportes ante ninguno de los fondos demandados; que pretende retornar a Colpensiones E.I.C.E. porque con base en la información que recibió, creyó que con los fondos privados recibiría una mesada mejor, o por lo menos igual, y ahora le dicen que se pensionará con la mitad de la mesada que le habría correspondido en el fondo público; que después de afiliarse a cada fondo privado no recibió asesoría adicional; que nunca le hablaron del derecho de retracto, y tampoco hicieron referencia a ninguna virtud o ventaja que el fondo público tuviera; y que no ha reclamado el reconocimiento de ninguna prestación pensional (desde el minuto 00:21:10, doc.44, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el gestor del proceso se trasladó de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, o las consecuencias del

traslado, ni las desventajas que podría traerle dicho régimen pensional, así como tampoco conocía las reglas propias del Régimen de Prima Media.

Aunado a lo que se viene diciendo, esta Colegiatura advierte que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Porvenir S.A. cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, esto es, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A. le brindó al actor al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, declaratoria que irradia o se hace extensiva a las afiliaciones que en su orden realizó posteriormente a la AFP Skandia S.A., a la AFP Porvenir S.A., a la AFP Skandia S.A., a la AFP Porvenir S.A., y a la AFP Protección S.A.

Consecuentemente, la sentencia apelada y consultada será confirmada en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación del señor Oscar Hernando Parada Barreneche al Régimen de Ahorro Individual, debiéndose entender para todos los efectos que siempre ha permanecido afiliado al Régimen de Prima media.

- De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

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

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

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

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

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

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

En la misma oportunidad la Alta Corporación se pronunció en torno a la procedencia de extender la obligación de devolución a todas las AFP a las que hubiere estado vinculado el afiliado en el sentido de indicar que

“... los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando,

como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión”.

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

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

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

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

Ahora, en cuanto a las primas de los seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del

pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, conforme al artículo 963 del Código Civil, y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Sobre el particular, cumple relieves que el contrato de seguro previsional suscrito entre la AFP Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., no tiene cobertura frente a las contingencias que puedan presentarse para la AFP llamante en el evento de que sea declarada la ineficacia de la afiliación y traslado de la promotora del presente juicio a la misma AFP, vale decir, frente al reembolso de los primas de seguro previsionales pretendida, por la AFP Skandia S.A., y aunque en gracia de discusión se llegare a admitir que la referida obligación se deriva del convenio contractual antes descrito, lo cierto es que el único beneficiario de la póliza de aseguramiento, sería el demandante, en su calidad de afiliado al fondo de pensiones, careciendo la AFP Skandia S.A. de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía.

Respecto de la inexistencia de interés asegurable en virtud de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante, cumple indicar que es ajena a esta jurisdicción la definición de toda controversia sobre la eficacia jurídica o validez del contrato de seguro previsional suscrito entre la AFP Skandia S.A. y la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

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

Colpensiones, razón por la cual resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto dispuso tanto el traslado de los aportes y rendimientos financieros, como la devolución indexada, y con cargo a los recursos propios de las AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A., de las cuotas de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las primas del seguro previsional que afectaron el valor de la cotización, respecto del periodo en que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

- De la condena en costas

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

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

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

Así las cosas, se confirmará la condena en costas impuesta a cargo de la AFP Skandia S.A. y en favor del señor Oscar Hernando Parada Barreneche, siendo que, aunque no participó en el traslado de régimen pensional del actor, si se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y fue condenada a la devolución indexada, y con cargo a su propio patrimonio, de las cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, resultando de tal manera vencidas en el proceso.

En igual sentido, se confirmará la condena en costas impuesta a cargo de la AFP Skandia S.A. y en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., teniendo en cuenta que las excepciones formuladas contra el llamamiento en garantía alcanzaron

prosperidad, resultando también vencida en juicio, respecto de aquella relación procesal.

Las costas causadas en esta instancia estarán a cargo de las AFP Porvenir S.A y Skandia S.A., por habérseles resuelto desfavorablemente los recursos de apelación propuestos. Se fijan como agencias en derecho, en favor del señor Oscar Hernando Parada Barreneche, la suma de \$1.300.000 que corresponde a un (1) SMLMV, a prorrata.

3.- DECISIÓN

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

FALLA:

1.- Se **CONFIRMA** la sentencia proferida el 19 de marzo de 2024 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín en el proceso ordinario laboral instaurado por Oscar Hernando Parada Barreneche contra las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colpensiones E.I.C.E., en el que se integró el contradictorio con la AFP Colfondos S.A., como litisconsorte necesaria por pasiva, y en el que la AFP Skandia S.A. llamó en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

2.- Costas en esta instancia a cargo de las AFP Porvenir S.A y Skandia S.A., y en favor del señor Oscar Hernando Parada Barreneche; se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.300.000, a prorrata.

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

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

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



LUZ PATRICIA CALLE QUINTERO

(Aclara voto)



DIEGO FERNANDO SADAS RONDÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada