

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR- SKANDIA
RADICADO	05001-31-05-009-2020-00298-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	CONFIRMAR

Medellín, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 019**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de las AFP PORVENIR y SKANDIA S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 31 de marzo de 2023; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la demandante, ingresó a laborar para el sector privado afiliándose al ISS, el 1° de abril de 1982, haciendo aportes a través de distintos empleadores privados, hasta el 13 de enero de 1997, acumulando por este lapso un total de 270,29 semanas cotizadas.

Se narró en la demanda que, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP PORVENIR, en el año 2000 y luego se trasladó a la AFP SKANDIA, en el año 2008, entidad en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendida para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 07 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante y la vinculación al régimen de prima media desde el 01/04/1982 hasta el 31/01/1997, sin embargo, precisó que, la actora registra un total de 267.86 semanas cotizadas, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE*

RECONOCER LA AFILIACION AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES. INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INNOMINADA O GENÉRICA”

PORVENIR S.A. también recorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 6 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN”*

AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda, PDF 7, por medio de dicha respuesta negó los hechos, salvo la afiliación de la demandante, y, formuló las excepciones que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA”* La entidad también llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA. (PDF 08)

En providencia del 01 de junio de 2021, se admitió el llamamiento en garantía que formuló SKANDIA S.A. a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA (PDF 14), sin embargo, la llamante no se surtió la notificación a la aseguradora, por tanto, el juez de instancia declaró ineficaz el llamamiento realizado. (PDF 16)

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 31 de marzo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-

CONDENÓ a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y bonos pensionales, si se hubieren redimido, y con sus propios recursos ordenó trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y el reaseguro. A la par dispuso la A quo, que al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que lo justifique.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente

cotizadas por la demandante al Régimen de Prima Media, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC en el que fueron pagados.

CONDENÓ en costas procesales a PORVENIR S.A y SKANDIA S.A, y a favor de la demandante.

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada tanto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, como por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA S.A.

Apelación de PORVENIR: El recurrente solicitó que se revoque la sentencia de manera parcial, especialmente la orden relativa, a que se devuelva a COLPENSIONES, los gastos de administración, los seguros previsionales, y aportes de garantía de pensión mínima indexados, argumentando que se generaría una doble condena, pues también se ordena retornar los rendimientos financieros, que, en su momento generaron los aportes de la demandante, los cuales no se vieron afectados por la inflación.

Para fundamentar el recurso de alzada, el apoderado judicial de la AFP se apoyó las siguientes sentencias judiciales: La primera de ellas, la emitida por la CSJ SL 9316 de 2016, a través de la cual se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma, por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía. La siguiente, fue proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01; la otra sentencia, fue emitida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral, el 25 de julio de 2022, dentro del proceso promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401. En último lugar, el apelante hizo mención a la sentencia del 26 de enero

de 2023, dictada por la Sala Primera de este Tribunal Superior de Medellín; concluyendo que, en dichas sentencias, se dispuso que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES, compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado, respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

De otro lado, reprochó el reclamante la orden de trasladar a COLPENSIONES, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, aduciendo que conforme artículo 7 del decreto 3395 de 2018, este concepto está a cargo de la última entidad en donde estuvo afiliado la demandante, y, por tanto, es la AFP SKANDIA, quien debe trasladar este concepto.

SKANDIA S.A: El apoderado judicial de la AFP, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia, en lo que atañe al numeral segundo, en cuanto a los gastos de administración y el seguro previsional, pues a su juicio, ordenar el reintegro de tales conceptos, es una clara violación al principio constitucional de buena fe, defensa legítima y debido proceso, insistiendo que los conceptos que se ordenan retornar, tienen un titular definido legalmente, pues la comisión de administración no es un rubro que este destinado a la financiación de la pensión, o que vaya a tener un impacto en el reconocimiento prestacional del afiliado; sino que es una retribución económica, que la misma ley establece para efectos de la administración de la cuenta de ahorro individual, y en este caso se observa que, la administradora de pensiones, cumplió con su deber de administrar correctamente la cuenta de ahorro de la demandante, y en lo que atañe al seguro previsional, es un porcentaje que ya se pagó a una aseguradora, y se garantizó una cobertura a la demandante, que se extendió por todo el tiempo de vinculación.

Alegatos de Conclusión:

El **apoderado judicial de SKANDIA S.A**, reitero los aspectos objeto de apelación e hizo hincapié que corresponde al Juez del conocimiento, hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe, con la que ha actuado la AFP.

Expuso que la entidad ha cumplido con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera; por lo que, no resulta procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante a la AFP, cumplió con cada una de ellas y sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe.

En lo que respecta a las Primas del seguro de Invalidez y Sobrevivencia, señaló que tampoco son procedentes, en tanto la causa de aseguramiento (invalidez y sobrevivencia) es permanente y la demandante ha gozado de cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones obligatoria, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por tanto, no se encuentran en las arcas de la AFP.

Agregó que, en este orden de ideas, la AFP ha garantizó una rentabilidad mínima en la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, de lo cual concluye que resulta incompatible ordenar indexación alguna, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, no se han visto afectados por la inflación y, por el contrario, han generado rendimientos conforme se observa del estado de cuenta adjunta a la contestación de la demanda, los cuales se han realizado desde el año 2008, y los mismos al ser descontados mes a mes, ya no se encuentran en ARCAS de la AFP, por consiguiente, el tener que realizar una devolución de dichos dineros desde la fecha indicada, implicaría que SKANDIA, tomara de su propio patrimonio dichos dineros, generándole entonces un perjuicio a nivel económico.

Por su parte, el **apoderado de la AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, pidió que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado.

También aseveró que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Aseguró que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar

a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP PORVENIR S.A., con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIR GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que*

pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a Porvenir S.A. que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de las AFP PORVENIR y SKANDIA S.A., en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como

presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019, ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que la señora MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1982 (PDF expediente administrativo), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2000 (PDF 6 folio 65), y luego se trasladó a la AFP SKANDIA S.A., el año 2008 (PDF 7 folio 36), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PORVENIR S.A.- SKANDIA S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida

al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud del recurso de apelación y por la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante, aspecto que es objeto de cuestionamiento por los apoderados judiciales recurrentes.

Por otra parte, el apoderado judicial de SKANDIA S.A. también pidió que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, dada en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual de la asegurada disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, acudió a la tesis de las restituciones mutuas y mencionó que a la actora, se le han generado frutos, mejoras y rendimientos financieros, lo cual, a su juicio, debe permitirle a la AFP, conservar los descuentos realizados.

Esta sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por la A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes.

Las órdenes dadas por la A quo se justifican desde el punto de vista de que a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

El otro punto de cuestionamiento planteado por el apoderado de la AFP SKANDIA, gira entorno a que se revoque la orden de devolución de las primas de seguro previsional, en cuanto fue una aseguradora quien recibió los ingresos, por tanto, las sumas de dinero se encuentran en el patrimonio de la misma.

Al respecto debe señalarse que en este asunto resulta irrelevante que la actora haya percibido la respectiva cobertura de riesgo previsionales, ya que se

trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que el fondo privado asuma las consecuencias económicas de sus omisiones, de su propio patrimonio.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PORVENIR S.A.- o SKANDIA S.A., en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PORVENIR S.A.- o SKANDIA S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“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 con prestación definida...”*.

Por otro lado, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, reprochó la orden de trasladar a COLPENSIONES, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, aduciendo que conforme artículo 7 del decreto 3395 de 2018, este concepto está a cargo de la última entidad en donde estuvo afiliado la demandante, y, por tanto, es la AFP SKANDIA, quien debe trasladar este concepto.

Pues bien, para esta corporación, no es dable revocar la orden que incluye el porcentaje descontado para el fondo de solidaridad pensional, ya que este es un descuento que se hace tanto en el régimen de prima media como en el RAIS a quienes devenguen más de 4 SMLMV, conforme al artículo 27 de la Ley 100 de 1993 y va destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo.¹, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, punto de cuestionamiento por el apoderado, se precisa que ha sido pacífica la

¹ El *Fondo de Solidaridad Pensional* se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados, según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003)

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben retornar a Colpensiones:

*“La citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que todos los conceptos a que se refiere el órgano de cierre fueron ordenados en la sentencia, para esta sala, no es posible acoger la solicitud invocada por el apoderado judicial de PORVENIR.

Ahora, el punto de cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR, gira respecto a la orden de indexación, pues a su juicio, con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado los emolumentos a retornar.

En torno al disenso, la sala precisa que COLPENSIONES no tiene por qué recibir depreciadas los conceptos que se ordenan trasladar. A lo anterior se agrega que la medida de actualización monetaria ha sido reiterada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021 constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

Finalmente, es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala constata que tales aspectos fueron tenidos en cuenta por la A quo, en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia, por lo que se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia de primera instancia.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las **AFP PORVENIR y SKANDIA S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a las **AFP PORVENIR y SKANDIA S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **MARGARITA MONTENEGRO ÁLVAREZ**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA