

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR- SKANDIA
LLAMADA EN GARANTIA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICADO	05001-31-05-020-2019-00515-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona

Medellín, once (11) 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 **CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PORVENIR S.A.**, y **SKANDIA S.A.** y en el que se dispuso el llamamiento en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 018**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 03 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, nació el 07 de junio de 1962, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales, en el año 1997, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP SKANDIA el 27 de febrero de 2007, luego se trasladó a la AFP PORVENIR, el 31 de octubre de 2007, 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 1 folio 111 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 y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *"INEXISTENCIA DE NULIDAD Y/O INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA EN ERROR, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA"*

PORVENIR S.A. también descorró el traslado de la acción, según se observa en el PDF 1 folio 138 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que

denominó: *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE"*

AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda, PDF 8, por medio de dicha respuesta negó los hechos, salvo la afiliación de la demandante, y, formuló las excepciones que denominó: *"PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"* La entidad también llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA.

En providencia del 06 de mayo de 2022, se admitió el llamamiento en garantía que formuló SKANDIA S.A. a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA (PDF 9)

La aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA, contestó el llamamiento en garantía, manifestando que la entidad de buena fe, expidió las pólizas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia distinguidas con los números 920140700002 y 9201411900149, que amparaban los riesgos de invalidez y muerte por evento común de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias de SKANDIA S.A., en el entendimiento que esta administradora de pensiones daba cumplimiento oportuno y cabal a sus obligaciones para con sus afiliados. Que la afiliación de la demandante a SKANDIA se produjo el 1º de agosto de 1998, y para dicha fecha no puedo estar cubierto por la póliza, dado que la póliza inició su cobertura el 1 de abril al 30 de noviembre de 2007, por lo tanto, con posterioridad a esta fecha, no existía seguro alguno que brindara amparos a ningún afiliado a SKANDIA.

La aseguradora planteó a título de excepciones de mérito: *"EXCEPCION FUNDADA EN EL PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA CULPA, IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS RENDIMIENTOS DEVENGADOS Y GASTOS DE ADMINISTRACION, PRESCRIPCIÓN, GENÉRICA O INMOMINADA"- frente al llamamiento en garantía: INEXISTENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA LLAMANTE EN GARANTIA, CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO Y OBLIGATORIO, EL JUEZ EN SUS DECISIONES DEBE RESPETAR EL IMPERIO DE LA LEY, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES OPONIBLE AL ASEGURADO QUIEN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLO, EL CONTRATO DE AFILIACION DE LA DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, LA PRETENDIDA DEVOLUCION DE TODO NO PUEDE COMPRENDER EL IMPORTE DE LAS PRIMAS DEVENGADAS, MI REPRESENTADA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR UNA CARGA QUE CONSTITUYA UN GRAVAMEN EXCEPCIONAL, CONVALIDACION DEL ACTO, VALIDEZ, CUMPLIMIENTO Y AGOTAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO, PRIMA DEVENGADA, RESPONSABILIDAD DE SKANDIA, INOPONIBILIDAD DE LA INEFICACIA DEMANDADA, PAGOS, COMPENSACIONES Y RESTITUCIONES MUTUAS, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, GENÉRICA O INMOMINADA"*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 03 de marzo de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA, del Régimen de Prima

Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-

DECLARÓ que la afiliación al Régimen de Prima Media – RPMPD de la señora CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de COLPENSIONES.

Condenó a **PORVENIR S.A.** a que, traslade con destino a COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha de afiliación al RAIS, esto es, a partir del mes de mayo de 2002, hasta el mes de abril del año 2007 y nuevamente desde el mes de diciembre del año 2007, hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen.

En igual sentido, se condenó a **SKANDIA S.A.** para que, traslade con destino a COLPENSIONES, y con cargo a su propio patrimonio, lo correspondiente a los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esta administradora, esto es, entre el 1º de abril de 2007 al 30 de noviembre del año 2007.

ORDENÓ a **COLPENSIONES** a recibir los aportes que las administradoras PORVENIR S.A y SKANDIA S.A le reintegren, como resultado de la ineficacia del traslado, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS como el tiempo cotizado en el RPMPD, lo que deberá reflejarse en su historia laboral.

Absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por SKANDIA.

Declaró NO PROSPERAS las excepciones formuladas por las demandadas, salvo la de imposibilidad de condena en costas, formulada por COLPENSIONES a quien no se le impuso costas.

Condenó en costas a PORVENIR S.A y SKANDIA S.A, y se fijó como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de las AFP y, a favor de la

señora CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA. Igualmente se condenó en costas a SKANDIA S.A sobre el llamamiento en garantía, las agencias en derecho se fijaron en la suma de 1 SMLMV y, a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

El 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 por el apoderado de la AFP SKANDIA S.A.

Apelación de SKANDIA S.A: El apoderado judicial de la AFP, solicitó que se revoque la totalidad de la sentencia de primera instancia, y se absuelva a la demanda de las pretensiones, bajo los siguientes argumentos:

- 1) Expuso el recurrente que la demandante sí contaba con información necesaria y cierta para permanecer vinculada al régimen de ahorro individual, pues la demandante al absolver el interrogatorio de parte, manifestó que conocía los beneficios y las garantías del RAIS, además la misma aceptó que, la AFP le dio una asesoría por más de una hora, sobre las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS y al régimen de prima media.
- 2) Expuso que la afiliación de la demandante se dio de acuerdo al soporte normativo que estaba vigente para el momento, el cual dejó como único soporte el formulario de afiliación que fue aportado en el presente proceso y que era lo único que para el momento se les exigían a las administradoras de pensiones, donde se dejaba constancia de la decisión libre y voluntaria adoptada por el afiliado.
- 3) Sostuvo que la obligación de buen consejo, doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores en los años 2010 y 2014, por lo cual, solicitó que no se apliquen consideraciones retroactivas y se tenga en cuenta que las obligaciones de dejar constancia escrita de la asesoría, no existían para la época de la afiliación de la demandante; y que además en el proceso quedó demostrado que a la actora se le dio asesoría.

- 4) Aseguró a su vez, que los traslados horizontales que realizó la demandante demuestran su intención de continuar permaneciendo al RAIS, y que si bien la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que ello no convalida el acto inicial, sin embargo, son diversos los momentos en los cuales la demandante tuvo acceso a la información y finalmente decidió continuar dentro del mismo régimen, bajo la consideración de que ello era lo mejor para su situación pensional, teniendo en cuenta que tenía la expectativa de recibir la devolución de los aportes, lo cual no puede entenderse que la mera falta de cumplirse sus expectativas genera una falta de información, pues tal situación se escapa de la esfera de control de las administradoras de pensiones.
- 5) Arguyó que en el evento de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, y las condenas consecuenciales, no se condene al traslado de las cuotas de administración, pues la AFP generó buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, los cuales superan incluso los que podían haberse generado en Colpensiones, ello en consonancia con lo dispuesto por la Superintendencia Financiera, quien en concepto del 1 de enero de 2020, hizo referencia a la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de ser declarada la ineficacia. Adicionalmente solicitó que se revoque la orden de trasladar la devolución de las primas previsionales, en tanto fue Mapfre, quien recibió tales ingresos y se cumplió su fin y propósito para los riesgos de invalidez y muerte que han sido asegurados hasta la actualidad.
- 6) Recordó la apelante que toda decisión judicial de traslado debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, afirmando que, es necesario que se valide la coyuntura económica del momento y hacer un análisis de las consecuencias que se derivan de autorizar las solicitudes de traslado.
- 7) Finalmente, y en lo que tiene que ver con la tasación de las costas procesales, argumentó el apelante que la AFP no fue la que generó el traslado de régimen pensional de la actora, sino por el contrario, fue Porvenir y consecuentemente la AFP, ha actuado de buena fe y de conformidad a la normatividad legal, por lo que imploró sea absuelta la entidad de la condena en costas.

Alegatos de Conclusión:

Los apoderados de todas las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia.

El **apoderado judicial de la parte demandante**, solicitó que se confirme en su integridad gramatical, todas y cada una de las decisiones (condenas declarativas y de condena), que profirió el Juez 20 Laboral del Circuito de Medellín y se condene en costas y agencia en derecho en esta instancia, a las partes codemandadas.

Por su parte el **apoderado de SKANDIA S.A**, reitero los aspectos objeto de apelación e hizo hincapié que la entidad, siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al R.A.I.S

Pidió nuevamente la parte, que no se ordene el traslado de las cuotas de administración y los seguros previsionales.

Añadió que en cumplimiento de su obligación legal, celebró con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. un contrato de seguro previsional destinado a amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones (entre ellos la demandante), y por tanto, en caso de confirmarse la ineficacia de la afiliación, la entidad llamada a realizar la devolución de la prima de seguros, es la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., que fue la que recibió la prima pagada por la AFP, en virtud del llamamiento en garantía propuesto.

A su vez, el apoderado judicial de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA**, en el escrito de alegatos de conclusión, instó a que se confirme la sentencia de primera instancia, en lo referente a la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por el Fondo de Pensiones Skandia a la aseguradora y la condena en costas, teniendo en cuenta lo expuesto en el escrito de contestación al llamamiento en garantía y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

De otro lado, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, pidió que se modifique el traslado de valores en los términos fijados por el numeral “TERCERO” de la sentencia, en el sentido en que no se ordene el traslado de los descuentos legales realizados a los aportes de la demandante y, consecuentemente o de manera subsidiaria, el que no se adicione a la orden una indexación sobre el valor de los descuentos ordenados.

Sostuvo que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de

Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Expuso que es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado.

Refirió que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Frente a la petición de la no indexación sobre los descuentos, dijo el apoderado que atendiendo a que el fallo emitido por el Juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la parte actora, y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido que, no es procedente adicionar a la condena una indexación de los descuentos ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los dineros señalados, el cual se busca reponer con la indexación, se resarciría con el traslado de los rendimientos, que no se debieron haber ocasionados tras la declaratoria de ineficacia, por lo que adicionar una indexación, sobre el traslado de unos eventuales descuentos, estaría imponiendo una condena doble en contra de la AFP y un enriquecimiento sin justa causa sobre COLPENSIONES.

En último lugar, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, pidió que, en el caso de prosperar la ineficacia, se ordene la devolución de todos los rubros percibidos por el fondo privado sin importar el concepto a que se refieran en razón a las cotizaciones efectuadas por la parte actora.

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 al punto objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA S.A., en su recurso 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 CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1997

(PDF 1 folio 27), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2002 (PDF 1 folio 171), y luego se trasladó a la AFP SKANDIA S.A., el año 2007 (PDF 8 folio 26), y finalmente retornó a la AFP PORVENIR a finales del año 2007 (PDF 1 folio 170), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por el apoderado judicial de la AFP SKANDIA, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró el A quo.

Ahora bien, sostiene el apoderado apelante, que la AFP demandada cumplió con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además 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.

Expuso el apoderado judicial de SKANDIA S.A en su recurso de apelación que al formulario de vinculación no se le puede restar valor probatorio, asumiendo que ese era el único requisito que se exigía para la época. Esta sala no encuentra que esos planteamientos sean ciertos, como quiera que, tal y como se ha visto en la referida jurisprudencia del órgano de cierre, el formulario de afiliación no se erige en la prueba irrefutable de que haya existido asesoría, el mismo solo viene a ser un documento que demuestra la afiliación, pero no es indicativo de que se haya brindado asesoría idónea.

De otro lado, no puede sostenerse que las AFP demandadas, hayan dado un cabal cumplimiento a la ley por el simple hecho de haber suscrito un formulario de afiliación, cuando en el plenario no obra ninguna prueba que indique que a la actora se le brindó asesoría de la que se ha hecho referencia.

Ahora bien, sostiene el apoderado judicial apelante que el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Dijo igualmente el apoderado judicial de SKANDIA en su interés de que se revoque la decisión de primera instancia, que la permanencia de la demandante en el régimen privado y su traslado entre fondos privados, implica la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS.

En punto a los denominados actos de relacionamiento que se mencionaron en la sustentación de la alzada por el apoderado judicial, sugiriendo que el traslado entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica la voluntad de la demandante de permanecer al RAIS, cabe resaltar que, conforme a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1055 de 2022: *“no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas”*. Se agrega además en la referida sentencia que: *“esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial”*

En el caso en concreto, si bien se corrobora que la demandante ha tenido posteriores traslados entre administradoras, en modo alguno, implica que su traslado inicial fuera informado, en la medida que solo muestra que viene realizando unos aportes que por ley la afiliada estaba obligada a cumplir, lo cual no se traduce necesariamente en la intención de permanecer en el RAIS, precisando además que en este caso en concreto la AFP no logró demostrar el deber de información y buen consejo que le asiste, se repite, para la fecha de su traslado inicial.

Finalmente, y en cuanto al señalamiento del apoderado judicial de SKANDIA en punto a que en el interrogatorio de parte la demandante manifestó tener conocimiento sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, esta Sala no accede a esos argumentos.

En el interrogatorio de parte la demandante manifestó en torno a su vinculación a las AFP lo siguiente:

*“La decisión de traslado surgió por una visita en mi lugar de trabajo, por parte de unos asesores de Porvenir, **quienes me informaron sobre las bondades del fondo privado**, me dijeron que el ISS se iba a terminar. **Actualmente se algunas diferencias entre ambos regímenes, el detalle no lo conozco**. Hice el traslado para pensionarme mucho mejor. Cuando cumplí los 57 años tenía las expectativas de retirar mis ahorros, luego hice el trámite para solicitar la devolución de saldo, tenía \$120.00.000, sin embargo, cuando fue redimió el bono pensional, me dijeron en el fondo que no me podían hacer la devolución de saldos, sino pensionarse con una mesada del mínimo.*

La asesoría con Porvenir fue individual duró como unos 40 minutos, me informaron sobre la rentabilidad de menor y mayor riesgo y eso me atrajo. Me atrajo la información de la rentabilidad. Para mí era una expectativa buena lo de la rentabilidad que me ofrecían. Me hablaron de hacer aportes voluntarios, pero para mí es difícil ahorrar, el salario me ha permitido acceder a varias cosas, pero no para ahorrar- me hablaron de la importancia de los aportes voluntarios de obtener una mejor mesada-firmé el formulario de manera voluntaria, pero no lo leí.

*Me trasladé a SKANDIA, por cuanto unos asesores me hablaron de generar una mayor rentabilidad, debía ahorrar para tener mayor rentabilidad. La reunión fue individual y grupal- duró una hora –**La información fue comparando los dos fondos, ventajas y***

desventajas, había incertidumbre del iss. Me hablaron que una desventaja en el ISS era el nivel de riesgo. Cuando no tuve la posibilidad de pensionarme quería la devolución de aportes, pero eso no se dio. Permanecí en el fondo privado, motivada por la devolución de saldos. Revisaba la cuenta de ahorro individual. Si entendía los extractos. No recibió reasesoría.

*Regresé a Porvenir por la visita de otro asesor que me generó confianza. No sabía sobre la prohibición de trasladarse en un tiempo antes de pensionarme- **no me enteré no lo supe***

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta lo manifestado por la demandante, se constata que las AFP al momento del traslado de régimen pensional, le brindaron a la demandante información respecto a las bondades del RAIS, pues aun en la actualidad la actora desconoce las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, por lo que se concluye, que las AFP, no suministraron asesoría y acompañamiento a la actora bajo los contornos del buen consejo, al momento de la afiliación o traslado de régimen, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de ese acto jurídico.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado a la actora un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA**, 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 el apoderado de la AFP SKANDIA en su recurso de alzada.

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 el 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, sin que pueda entenderse que se está generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

Las órdenes dadas por el 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 emitida frente a la aseguradora MAPFRE y en su lugar se ordene la devolución de las primas de seguro previsional, en cuanto fue ésta sociedad que 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 afiliado el actor.

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...”*.

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 advierte que la ordenada por el A quo en el **numeral tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, resulta insuficiente, por lo que se **ADICIONARÁ**, en el sentido de ordenar **la indexación** a cargo de las **AFP PORVENIR S.A.- y SKANDIA S.A.**, sobre las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que COLPENSIONES no tiene por qué recibir sumas depreciadas por estos conceptos, teniendo en cuenta la siguiente formula:

ÍNDICE FINAL

ÍNDICE INICIAL x VALOR A INDEXAR – VALOR A INDEXAR

Esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

A su vez, se **ADICIONARÁ** ese mismo numeral a fin de ordenar a las administradoras, que dicho traslado se lleve a cabo por las **AFP PORVENIR S.A.- y SKANDIA S.A.**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y que, tales entidades trasladen esos recursos a COLPENSIONES con la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Finalmente, debe desestimarse el disenso del apoderado judicial de la AFP SKANDIA, cuando solicita que se revoque la condena en costas que le fue impuesta por el A quo, al considerar que la entidad no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas impuesta a la AFP, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, lo que ocurrió en este caso.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP SKANDIA S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA**; 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: ADICIONAR el numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, trasladen a COLPENSIONES, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los recursos ordenados, **incluyendo la indexación** de las cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás

información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP SKANDIA S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **CLAUDIA HELENA HOYOS ESTRADA**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

QUINTO: 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