

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

| APELACIÓN - SENTENCIA |  |
|-----------------------|--|
| DEMANDANTE            | MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ                               |
| DEMANDADOS            | COLPENSIONES- PROTECCION- SKANDIA PORVENIR           |
| LLAMADA EN GARANTIA   | MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.                    |
| RADICADO              | 05001-31-05-008-2020-00377-01                        |
| MAGISTRADA PONENTE    | MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO                         |
| TEMA                  | Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional |
| DECISIÓN              | Adiciona -Confirma                                   |

Medellín, treinta y uno (31) 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 **MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCION S.A., PORVENIR, 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 021**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuesto por las AFP **SKANDIA S.A. y PROTECCION** y por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** contra la sentencia que profirió el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 29 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 MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ, nació el 18 de marzo de 1973, y que su afiliación inicial al sistema de pensiones, la hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de ING PENSIONES Y CESANTÍAS (HOY PROTECCIÓN S.A), en el año 2000, y luego se trasladó a la AFP PORVENIR en el año 2003, y después se trasladó a la AFP SKANDIA, en el año 2017, 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 9 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad de la demandante y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA EN EL TRASLADO DE REGIMEN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACION”*

AFP PROTECCION S.A. también descorrió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 5 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó

los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE”*

AFP SKANDIA S.A., hizo lo propio, y contestó la demanda, PDF 7, por medio de dicha respuesta negó los hechos, salvo la afiliación de la demandante, y, formuló las excepciones de fondo que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COBRO DE NO LO DEBIDO POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, GENERICA”* La entidad también llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA. (PDF 8)

AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda, PDF 19, 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, BUENA FE”*

En providencia del 07 de julio de 2021, el juzgado de primera instancia, admitió el llamamiento en garantía que formuló SKANDIA S.A. a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA (PDF 18), sin embargo, en proveído del 19 de abril de 2022, el despacho tuvo por no contestado el llamamiento. (PDF 28), sin embargo, la decisión fue recurrida por la aseguradora, y en providencia del 03 de octubre de 2022, (PDF 44), se repuso la decisión, y se concedió el termino de ley, para ejercer su derecho de contradicción y defensa.

La aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA, contestó el llamamiento en garantía, (PDF 46) 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.

La aseguradora planteó a título de excepciones de mérito las siguientes: *“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 29 de marzo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del **acto jurídico de afiliación** que la demandante MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ, que hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PROTECCIÓN S. A.

Ordenó a la **AFP SKANDIA S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la ahora demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima.

Por su parte a **COLPENSIONES**, le ordenó que permita la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios que ofrece este régimen pensional.

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

Y, condenó en costas procesales a PORVENIR, PROTECCION S.A y SKANDIA S.A.

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.

Y respecto del recurso de apelación interpuesto, interesa resaltar que la juez de instancia, ordenó a la AFP SKANDIA trasladar a COLPENSIONES, entre otras cosas, las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros, y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima; precisó además la A quo que no está llamado a prosperar el llamamiento en garantía impetrado, por cuanto, en este asunto, de ineficacia del traslado de régimen pensional, se estableció que la AFP, incumplió su deber de información, situación que no se hace extensiva a la aseguradora llamada en garantía y, que, en el evento de existir alguna responsabilidad de la aseguradora, que pudiere exigir a la misma la devolución de los rubros girados por concepto de las primas de seguros y reaseguros, tal circunstancia, debe ser debatido en otro proceso diferente al ordinario laboral, ya que en este, no se controvierte aspectos relacionados con la legitimación para celebrar un contrato de seguro, ni para determinar la existencia de un interés asegurable, por lo cual, absolvió de las pretensiones formuladas por la AFP SKANDIA en contra de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en el llamamiento en garantía.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por las AFP PROTECCION y SKANDIA S.A. y, a su vez por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A

**Apelación de PROTECCION:** El apoderado judicial de la AFP, solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, por cuanto la vinculación que hizo la demandante a la entidad, es completamente valida y se realizó, atendiendo a la normatividad vigente para ese momento. Señaló que el deber de información a cargo de las administradoras, surge desde el año 1993 a 2009. Que la asesoría y buen consejo nació en el año 2009 a 2014 y, que el deber de doble asesoría emerge desde el año 2014 en adelante, concluyendo entonces, que imponer una carga probatoria a la AFP en concreto, resulta irrisoria, pues no era posible cumplir con cargas que no existían al momento en que la demandante realizó la afiliación al fondo de pensiones.

Resaltó también el recurrente que, si se declara la ineficacia de la afiliación, el régimen de prima media, tendría que garantizar la pensión de la demandante, quien lleva más de 20 años aportando a otro régimen pensional, donde la pensión de vejez, claramente se financia de una manera diferente y se estaría beneficiando de un subsidio al que no tendría derecho, afectando así la sostenibilidad financiera del sistema y generando cargas fiscales y tributarias tanto para el Gobierno, como para los administrados. Enfatizó que no existe el

derecho que reclama la demandante, pues nunca ha estado vinculada al régimen de prima media, como se pudo probar en el desarrollo del proceso, y que, cuando se trata de una afiliación inicial al sistema de pensiones, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen al estado anterior, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría que el afiliado adquiriera una calidad que no cuenta, pues si lo que pretendía la demandante era cambiarse de régimen pensional, ésta lo debió hacer antes de cumplir los 47 años de edad, y no en este momento, cuando existe una expresa prohibición legal. Finalizó expresando el apelante que apoya su disenso, en la sentencia CSJ 1806 del año 2022.

**Apelación de SKANDIA S.A:** El apoderado judicial de la AFP, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia, y, específicamente pidió que no se condene al traslado de las cuotas de administración y las primas de seguros previsional.

Manifestó que, con la expedición de la ley 100 de 1993, se crea el régimen de ahorro individual y las obligaciones para las administradoras de pensiones, dispuestas en el artículo 20 de la referida ley, en concordancia con el artículo 36 del decreto 692 del año 1994. Que ordenar la devolución de las cuotas de administración, es una clara violación al principio de buena fe, confianza legítima y el debido proceso, pues se ordena devolver unas sumas que tienen definido un titular legalmente. Que los gastos de administración, no están destinados a financiar la pensión, sino que es una retribución económica que la misma ley establece para efectos de la administración de la cuenta de ahorro individual, y que, en este caso, la AFP cumplió con su deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante. En lo que se refiere a la prima de seguro previsional, señaló que, es un porcentaje que ya se pagó a una aseguradora respecto de una cobertura de la cual el afiliado se vio protegido durante toda su afiliación, y en el evento de haberse configurado un riesgo por invalidez o muerte, estaría cubierto.

**Apelación de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A,** el apoderado judicial de la aseguradora replicó que, dado que no hubo pronunciamiento sobre las costas procesales en la sentencia de primera instancia, solicita conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se impone dicha condena a la AFP SKANDIA S.A, quien resultó vencida en juicio, al no prosperar el llamamiento en garantía propuesto. Para fundamentar su recurso, el recurrente apeló a una sentencia emitida por este Tribunal Superior de Medellín de la Sala Sexta Laboral, en la que, en un caso similar, se acogió las suplicas de la aseguradora.

### **Alegatos de Conclusión:**

El **apoderado judicial de la parte demandante**, solicitó que se confirme en su integridad, todas y cada una de las decisiones que profirió el juez de la primera instancia, por cuanto la misma, se ajusta a la línea jurisprudencial de la CSJ.

Por su parte, el **apoderado de SKANDIA S.A**, reiteró los aspectos objeto de apelación e hizo hincapié en que no se ordene el traslado de las cuotas de administración y los seguros previsionales.

Añadió el apoderado que, desde el año 2017, época en la cual se hizo efectiva la afiliación de la demandante con la AFP, se realizaron gestiones de administración, la cual ha permitido generar unos rendimientos a la señora MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ, en su cuenta de ahorro individual, y por consiguiente, el tener que realizar una devolución de dichos dineros, y en los términos indicados por el fallador de primera instancia, implicaría que SKANDIA, tomara de su propio patrimonio dichos dineros, generándole entonces un perjuicio a nivel económico a la administradora de fondo de pensiones.

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 que se refiere a la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por Skandia a la aseguradora.

Puntualizó el apoderado que, es reiterada e inveterada la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Medellín, como de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que la declaratoria de ineficacia realizada en este tipo de procesos, como el que aquí nos ocupa, encuentra sustento en la falta de cumplimiento del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en este caso de SKANDIA S.A. y no de la aseguradora, y que además, también la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme ha indicado, que la devolución de las primas de seguro previsional, debe ser asumida con los propios recursos de la AFP y no de la aseguradora, sin embargo, la AFP persiste en llamar en garantía a la entidad.

Expresó, asimismo, que la convocatoria que se hace de MAPFRE a este tipo de proceso, le impone a ésta el deber de comparecer al proceso, constituir apoderado, contestar la demanda y el llamamiento, desplegar una activa exposición de sus medios y consideraciones de defensa, al igual que asistir,

participar y permanecer presente durante todo el desarrollo del proceso y de las audiencias, por lo que reiteró que, se imponga condena en costas al fondo de pensiones llamante en garantía.

El **apoderado judicial de la AFP PORVENIR**, indicó 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. Que la AFP, ha cumplido plenamente con su cometido y que tales conceptos, 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 el afiliado, ha venido disfrutando hasta la actualidad, y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado.

En último lugar, el **apoderado judicial de COLPENSIONES**, pidió que, en caso de prosperar la ineficacia, se ordene trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieran causado; y se **adicione la sentencia**, en el sentido de condenar a la sociedad SKANDIA S.A. a realizar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados al momento del pago, conforme a la sentencia SL 1689 de 2019. Y en igual sentido, el porcentaje de garantía de pensión mínima debe ser devuelto a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a la sociedad Skandia S.A.

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 las AFP PROTECCION y SKANDIA, y a su vez, por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA, 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 MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ, no tiene afiliación al régimen de prima media con prestación definida (véase certificación en el expediente administrativo) y que, su afiliación inicial al sistema general de pensiones, la hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 2000 (PDF 5 folio 37), y luego se trasladó a la AFP

PORVENIR S.A., en el año 2003 (PDF 19 folio 37), y después se trasladó a la AFP SKANDIA, en el año 2017 (PDF 7 folio 30), 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 (**PROTECCION S.A. -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 la 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 PROTECCION, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la 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.

De otro lado, el apoderado judicial de la AFP PROTECCION, sostuvo que no hay lugar a aplicar las consecuencias previstas por el legislador para la omisión en el deber de información en el asunto sub-lite, por la potísima razón que la demandante, no acreditó vinculación anterior al régimen de prima media, dado que su primera vinculación al sistema general de pensiones se dio a través de su afiliación al RAIS, apelando a la sentencia SL 1806 de 2022; sin embargo esta conclusión no la comparte esta sala, porque equivale a decir que frente a aquellas personas que acuden a afiliarse por primera vez al sistema, no existe el deber de información.

A efectos de zanjar la controversia, la sala resalta el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, quien afirmó de manera vehemente que, al momento de afiliarse a Protección, no recibió información clara y precisa sobre el sistema general de pensiones de Colombia.

*“PDF 56 minuto 22:52 –Inicialmente me afilié a Protección en el año 2000. Nunca he estado en Colpensiones, nunca me han hecho reasesoria ni proyección pensional, solo me la hizo mi abogado. No sabía que luego de los 47 años no podía afiliarme a Colpensiones, sin duda me motiva plantear esta demanda por la mesada pensional, pues perdí la confianza en los fondos privados. A mitad del año 2000, inicié mi vida laboral en Cali y yo no tenía mucho conocimiento del tema de pensiones y todo eso, yo escogí entre todos los fondos a Protección, simplemente fue una decisión al azar, y fue un asesor de Protección y **me habló de las ventajas del fondo privado**, y ya yo firmé mi afiliación. Ellos siempre hablan de mayor utilidad, de rendimiento, de inversión de bajo riesgo, siempre le dicen a uno que la plata la va a rendir más. Me hablaron de la cuenta de ahorro de pensión... Mi motivación para pasarme a Colpensiones, es debido a la mesada pensional, y por cuanto me siento engañada con los fondos privados, quienes no me informaron que podía pasarme a Colpensiones antes de cumplir los 47años”.*

Con base en lo anterior, reitera esta sala que el deber de información no se agota con la sola firma del formulario de afiliación, y que en el asunto no quedó demostrado que al momento en que la demandante se afilió a la AFP PROTECCION, se le hubiese indicado de manera clara y precisa, sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen pensional, pues en estos asuntos de ineficacia del traslado, lo relevante es determinar sin más agregados, si al momento de suscribir el acto de traslado, el afiliado ha sido debidamente informado. Sentencia SL 1055-2022.

Ahora y en punto al disenso planteado por el apoderado de la AFP PROTECCION, relativo a que la asegurado se encuentra inmersa en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para esta sala dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación no produjo ningún efecto, al ser ineficaz la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación de la demandante al RAIS, la actora queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse a la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado; para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

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 de la **afiliación** de la señora **MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, COLPENSIONES, habrá de activar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

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.

De otro lado, el apoderado judicial de SKANDIA S.A. pidió que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, 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 retornar los seguros previsionales, en cuanto fue la aseguradora, que recibió los ingresos, y, por tanto, las sumas de dinero se encuentran en el patrimonio de la misma y, además, por cuanto la afiliada recibió la cobertura de riesgos previsionales.

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 PROTECCION S.A. 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 PROTECCION S.A. PORVENIR S.A., o SKANDIA S.A., sino por COLPENSIONES.

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...”*.

De otro lado, 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 orden dada por la A quo en el **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, es insuficiente, por cuanto no se emitió ninguna orden en relación con las AFP Protección y Porvenir, en donde también estuvo vinculada la demandante.

Así las cosas, constata la sala que la A quo, omitió ordenar a las **AFP PROTECCION S.A.- y PORVENIR S.A.**, remitir a **COLPENSIONES**, las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y los porcentajes del fondo

de garantía de pensión mínima, razón por la cual, se **ADICIONARÁ** el numeral segundo de la sentencia, en tal sentido.

También se omitió en el **numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en acogimiento del precedente jurisprudencial vigente y pacífico en el órgano de cierre, **ordenar la indexación** a cargo de las tres **AFP PROTECCION S.A. PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**, de las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, por lo que se **ADICIONARÁ** el **numeral segundo** de la sentencia de primer grado, 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

A su vez, se **ADICIONARÁ** ese mismo numeral, a fin de ordenar que dicho traslado se lleve a cabo por las **AFP PROTECCION S.A. PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A.**, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, y que, tal entidad remita a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, 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, y en cuanto a los argumentos esbozados por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., relativos a que SKANDIA debió ser condenada en costas en razón a la falta de prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía propuesto por aquella, considera la Sala que le asiste razón a la recurrente, pues al tenor del numeral 1° del artículo 365 CGP, a la AFP en comento le fue resuelto de manera desfavorable el llamamiento en garantía formulado, con el fin de que la entidad de seguros asumiera las eventuales condenas concernientes a la devolución de la prima de seguro previsional contratadas; resultado que a todas luces, la hace merecedora a la imposición de la condena procesal.

De este modo, se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a la AFP SKANDIA, y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Las agencias en derecho en primera instancia deberán ser fijadas por la A quo en la oportunidad procesal pertinente.



## **COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA**

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de las **AFP PROTECCION y SKANDIA S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de sus recursos de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, que pagará cada una de las AFP a la demandante.

### **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 **segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**, trasladen a **COLPENSIONES**, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima.

**ADICIONAR** ese mismo numeral a fin de **ORDENAR** que las **AFP PROTECCION S.A. 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, las primas previsionales y porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima y remitir a COLPENSIONES, al momento de cumplirse la orden impartida, 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: ADICIONAR** la sentencia apelada, en el sentido de condenar en costas procesales de primera instancia a la AFP SKANDIA, y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, en razón del llamamiento en garantía. Las agencias en derecho en primera instancia deberán ser fijadas por la A quo en la oportunidad procesal pertinente.

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

**CUARTO: CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a las **AFP PROTECCION y SKANDIA S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **MARY NUBIA HOYOS LÓPEZ**, que pagará cada una de las AFP a la demandante, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

**SEXTO: 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**