

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por la señora **DIANA MARÍA URREA ARBELÁEZ**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.** (en adelante SKANDIA S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-008-2022-00262-01**.

La demandada SKANDIA S.A., llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (en adelante MAPFRE S.A.)

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

AUTO:

De conformidad con el memorial de sustitución de poder, allegado vía correo electrónico junto con los alegatos de conclusión de segunda instancia por parte de la sociedad **GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.** quien representa judicialmente los intereses de SKANDIA S.A. en este proceso, se procede a reconocer personería a la abogada **JULIANA ARAQUE QUIROZ** identificada con C.C. No. **1.035.868.274** y portadora de la T.P. No. **293.693** del C.S de la J, para que represente a SKANDIA S.A en este proceso como apoderada sustituta.

1. ANTECEDENTES:

La demandante pretende con la presente acción judicial, se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES, el 22 de abril de 1994 y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP SKANDIA S.A.

Expone que se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, concretamente a la AFP SKANDIA S.A. sin recibir una asesoría oportuna, motivada, cierta, clara, completa, ni orientada al buen consejo por parte de la AFP SKANDIA S.A.

Aduce que el fondo de pensiones SKANDIA S.A. al momento de su traslado de régimen, y durante su permanencia en dicho fondo, no le brindó una asesoría oportuna, completa, cierta, confiable, detallada, objetiva, comparada y personalizada respecto de las condiciones que más le convenían según sus características particulares.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de primera instancia, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, y condenando en consecuencia a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES, para que permita la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación definida, conservando los beneficios que ofrece este régimen pensional.

Para fulminar condena, la *a quo* argumentó que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes, determinando e informando

la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen y la carga de las AFP de demostrar que efectivamente entregaron la debida información a los afiliados al momento del traslado.

Seguidamente expuso que recordando la teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual es una regla de conducta para las partes, en donde tiene la carga de probar el hecho alegado es quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, esto es tiene en su poder la forma de allegar elemento probatorio que permita demostrar lo alegado.

De lo expuesto se extrae que la información que se brindó a la demandante al momento de la afición no fue lo suficientemente clara, completa, veraz. No le indicaron la diferencia entre un régimen y otro, solo le manifestaron las ventajas del RAIS, no le mostraron las desventajas. Dado que no le explicaron aspectos como la diferencia entre RPM y el RAIS, no le hablaron de los bonos pensionales, no le explicaron cómo se obtenía la pensión en uno y otro fondo, no le explicaron que faltando diez años para adquirir la pensión no podía trasladarse de RPM.

En el fallo de primera instancia, se exoneró a MAPFRE S.A., de las pretensiones de SKANDIA S.A., en el llamamiento en garantía, en el que solicitaba que en caso de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, y se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la prima pagada por el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, sea MAPFRE S.A. la que debe responder como aseguradora de estos riesgos y quien recibió la citada prima.

Finalmente, el juez, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada, y condenó en costas a SKANDIA S.A. en la suma de \$1.160.000, en favor de la demandante.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por las apoderadas de SKANDIA S.A., y la sociedad MAPFRE S.A. en los siguientes términos:

APELACIÓN DE SKANDIA S.A.

La sentencia fue apelada por la apoderada de SKANDIA S.A., solicitando se revoque, toda vez que, la vinculación de la demandante se dio en el contexto normativo que se encontraba vigente para el momento del traslado y en cumplimiento de los requisitos

legales que se exigían para la época, siendo el formulario de afiliación el único soporte escritural que se veía dejar de esta decisión libre y voluntaria e informada tomada por la demandante.

Se recuerda que la prueba documental que extrañar la jueza dentro de su fallo frente aquellos documentos que acreditan la entrega de información no era una obligación vigente para el momento de la parte actora, toda vez que esta obligación surgió con la Circular 016 del 2016 de la Superfinanciera de Colombia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentre en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. Asimismo, se resalta que la figura del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir de los años 2010 y 2014, por lo cual tales obligaciones no existían para el momento de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

Adicional a eso se tiene que la demandante se trasladó al RAIS considerando que era una mejor opción frente a su situación pensional y que no podemos hablar que existe un régimen mejor que el otro, sino por el contrario cada uno tiene características específicas que se ajustan a las necesidades de cada afiliado pues el claro que la parte actora se trasladó a este régimen esperando obtener estos beneficios esperados.

Adicionalmente la demandante señala dentro de su interrogatorio que la única motivación para realizar esta demanda es la diferencia en la mesada pensional la cual no puede ser óbice para entender que no se entregó una información. Lo cierto es que, para el momento que se dio la afiliación no existía la obligación a mi representada de realizar una proyección de diferencia de mesada pensional, además de que la misma en el RAIS está sujeta a diferentes variables que no eran conocidas para el momento del traslado por lo cual no era posible en ese momento brindarle dicha información y esa diferencia en la mesada pensional no puede entenderse como un engaño.

Finalmente, si se decide dejar en firme la ineficacia del traslado, solicito deje sin efectos las condenas impuestas referentes a las comisiones de administración pues es claro que mi representada generó buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual de la afiliada con los cuales se superan los que pudiese generar Colpensiones.

Todo esto en consonancia con lo dispuesto por la superintendencia financiera de Colombia en radicado 2019152169003 de 2020 donde se hace referencia a la

importancia de respetar las restituciones mutuas cuando se declara esta nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Adicionalmente solicito se revoque lo referente a la devolución de primas de seguros y reaseguros, toda vez que dichas primas fueron canceladas a la aseguradora MAPFRE y es esa sociedad donde reposan tales ingresos, por lo cual solicito sea la condena en contra de esta entidad en el evento en que el Tribunal decida confirmar esta orden de devolución de primas de seguros y reaseguros.

Respecto a las costas, mi representada ha actuado de buena fe conforme a la normativa legal vigente por lo cual solicito también se revoque esta orden impuesta a SKANDIA S.A.

APELACIÓN DE MAPFRE S.A.

La sentencia fue apelada por la apoderada de MAPFRE S.A., solicitando se condene en costas a favor de MAPFRE y en contra de SKANDIA S.A., conforme a lo expuesto por el artículo 365 del Código General del Proceso la condena en costas procederá contra la parte o persona en contra de quien se resuelva de manera desfavorable el trámite correspondiente.

En el presente caso SKANDIA resultó vencida al no prosperar el llamamiento en garantía. Téngase en cuenta la reciente decisión del Tribunal Superior de MEDELLÍN sala laboral, del 24 de febrero de 2023 con ponencia de la magistrada Ana María Zapata Pérez, quien al resolverle recurso por la absolución a SKANDIA de las costas en favor de MAPFRE en un proceso similar señaló que sobre el particular basta señalar que si bien se formuló el llamamiento en garantía no se alegó y menos se probó un vicio que conlleve a la nulidad o ineficacia, al contrato de seguro en deber de restablecer las cosas al estado inicial y tampoco en la póliza está pactado la cobertura de tal circunstancia ni se evidencia que la aseguradora haya tenido responsabilidad en la falta de información que se cuestiona en el proceso y que a la postre conlleva a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional.

En consecuencia, en este proceso, se condena a la AFP SKANDIA en costas a favor de la aseguradora MAPFRE COLOMBIA DE VIDA SEGUROS.

4. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados de la DEMANDANTE, SKANDIA S.A., MAPFRE S.A. y de COLPENSIONES allegaron escritos de alegaciones, en los que señalaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE LA DEMANDANTE.

El deber de información en cabeza de las AFP es una garantía mínima consagrada desde los artículos 20 y 53 de la Constitución Nacional, respaldado en el artículo 272 de la ley 100 de 1993 (CSJ SL3871-2021). Y el ad quo afirma y reconoce que es cierto que existió un incumplimiento por parte de las AFP del RAIS en el deber de información, conclusión que es acertada conforme a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100, y que debe armonizarse además con el artículo 13 del Código Sustantivo de Trabajo, que consagran que cualquier afiliación, o el traslado, o cualquier estipulación que afecte los derechos mínimos como la libertad de elección no produce efectos, por lo que es imperativo declarar la ineficacia del traslado en el caso concreto, siendo esta la consecuencia natural del incumplimiento al deber de información tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). SKANDIA AFP NO CUMPLIÓ CON SU OBLIGACIÓN DE BRINDAR INFORMACIÓN CIERTA, COMPLETA Y OPORTUNA.

Desde el nacimiento de los Fondos de Pensiones, el artículo 97 del decreto 663 de 1993 estableció la obligación en cabeza de estos de 2 entregar información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que permita al afiliado elegir, garantizando una afiliación libre y voluntaria, pues esta decisión debe estar respaldada en los principios de transparencia y buena fe de quien presta un servicio público como son los Fondos de Pensiones.

Así las cosas, SKANDIA desde la afiliación al RAIS de mi mandante, violó los derechos de mi representada, pues no le suministraron información clara, completa y veraz sobre las condiciones pensionales y el alcance del cambio del fondo de pensiones. Siendo además claro que ningún acto posterior a dicha afiliación al RAIS permite a SKANDIA subsanar tal incumplimiento, ni resulta suficiente para desvirtuar la pretensión de ineficacia como consecuencia del artículo 271 de la ley 100 de 1993. Siendo ello así, tal como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL -4360 de 2019, con MP Clara Cecilia Dueñas, es claro que la consecuencia al 3 identificar la inobservancia de las AFP al deber de información es la ineficacia en sentido estricto, pues, se reitera, el artículo 217 y 272 de la ley 100 de 1993 establece

que la violación al derecho a la afiliación libre afiliación es la ineficacia, y tal afiliación solo puede ser libre si se ha cumplido por parte de la AFP con el deber de información.

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, estableció que le corresponde a la EAFP la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de su obligación en cuanto al deber de información y buen consejo. En este sentido, SKANDIA nunca ha hecho el más mínimo esfuerzo probatorio que dé cuenta del cumplimiento al deber de información para el momento en que mi representada se afilió a dicho fondo, y mucho menos que dicho deber haya sido desarrollado en condiciones ciertas, claras, oportunas y transparentes.

ALEGATOS SKANDIA S.A.

1. SKANDIA S.A CUMPLIÓ A CABALIDAD CON EL DEBER DE INFORMACIÓN QUE LE ERA EXIGIDO PARA LA FECHA DE LA AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DEL DEMANDANTE.

Las condenas impuestas en la sentencia apelada tienen su fundamento en la supuesta ausencia del cumplimiento del deber de información por parte de mi representada en relación con el demandante. Por lo cual pretendo demostrarle al despacho que el a quo erró al proferir sentencia condenatoria frente los intereses de mi representada.

Sea lo primero aclarar que Skandia S.A., 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

Respecto a la información esta se entregó de manera verbal y personalizada por parte de Skandia S.A, en cumplimiento de todos los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación sin que en ningún momento se exigiera a mi representada documentar la información brindada por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que no existe documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría recibida por la actora , imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación según lo establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi mandante ha cumplido con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo durante el período de afiliación de la

accionante, sin que pueda colegirse ni encontrarse probado una acción y omisión de esta que pueda conllevar a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional. Es más, se resalta que en los hechos de la demanda no se menciona ninguna inconformidad con la gestión de mi mandante, situación que no fue contemplada por el juez de instancia. El actor se afilió de manera libre y voluntaria ante Skandia, porque consideraba que era la mejor decisión para su situación pensional.

2. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA EN LA AFILIACIÓN

Ahora bien en el caso en que la sala considere confirmar la decisión de primera instancia es importante resaltar que Old Mutual S.A. descontó un porcentaje que corresponde a gastos de administración como la ley autoriza y en virtud de ellos se han cumplido todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios del demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como puede evidenciarse en el estado de cuenta que obra en el plenario y, en esa medida, se cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar eventualmente al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se disponga la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

Así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales el demandante ha tenido cobertura durante todo el tiempo que ha estado afiliado frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

De igual forma, es pertinente señalar que, aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen pensional, se tiene que incluso en el RPM un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia en igualdad de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede desconocerse la gestión y los seguros tomados por las AFP durante la afiliación en el RAIS, ante la eventual revocatoria del fallo proferido y una eventual declaración de la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional.

Lo anterior, incluso en línea con lo expuesto por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas, en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional. (Ver Radicado: 2019152169- 003-00).

3. FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

Ahora bien, teniendo en cuenta que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 el demandante), es evidente que en caso de confirmar 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 mi representada, esto en virtud del llamamiento en garantía propuesto por mi representada.

Lo anterior, pues al retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, el contrato de Seguro Previsional mencionado también sería parcialmente ineficaz a la luz del artículo 1137 del Código de Comercio y, en consecuencia, la entidad aseguradora prenotada estaría obligada a devolver las primas pagadas por mi representada respecto del demandante. Conforme lo establece el artículo previamente transcrito, el contrato de seguro no producirá efecto alguno ante la falta de uno o todos sus elementos esenciales; situación que se configuraría parcialmente respecto del contrato de seguro previsional suscrito entre MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en relación con el demandante, toda vez que se extinguiría el interés asegurable, pues lo que legitimó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a contratar el seguro previsional en favor de el demandante, en calidad de asegurada, fue, precisamente, la vinculación válida efectuada al régimen de ahorro individual de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia, solicito respetuosamente sea MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la condenada a trasladar lo atinente a la prima de seguros previsionales en relación con el demandante a Colpensiones.

ALEGATOS DE MAPFRE S.A.

Pretende la accionante que se declare que su afiliación al RAIS es ineficaz y que por lo tanto se entienda que siempre ha estado afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por lo tanto tiene derecho a que Skandia traslade a Colpensiones todas las cotizaciones realizadas en el RAIS, incluyendo los rendimientos causados y las cuotas de administración.

A dicho proceso fue convocada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., como llamada en garantía, por parte del Fondo de Pensiones Skandia S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre Mapfre y Skandia, cuyas vigencias son 01/01/2007 al 31/12/2018.

Con todo respeto ruego a esa H. Sala, REVOCAR, la sentencia de primera instancia, en lo referente a la no condena en costas en favor de MAPFRE y a cargo de Skandia S.A., en consideración a lo siguiente:

1. 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.

2. Ha señalado también la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme que la devolución de las primas de seguro previsional debe ser asumida con los propios recursos de la AFP y no de la aseguradora. No obstante, la constante, uniforme y homogénea posición jurisprudencial, Skandia S.A. se revela contra estos unívocos precedentes y persiste en llamar en garantía a MAPFRE.

3. La figura del llamamiento en garantía consagrada en el Art. 64 del C.G.P. supone el debate para controvertir sobre la relación sustancial que pudiere vincular al convocante y la persona llamada en garantía, debate o controversia sometida a todas las formalidades, etapas, oportunidades procesales y medios de defensa que las normas procesales otorgan a las partes principales del proceso, y en esa medida el llamado en garantía es un actor a quien se le debe garantizar la igualdad en el proceso, pues sus facultades deberes y derechos no se encuentran restringidos o limitados, ni se encuentra sometido a un trato procesal desigual o discriminatorio.

4. La convocatoria que se hace de MAPFRE a este proceso, le impone a esta 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. En el presente asunto MAPFRE ha tenido una activa participación en el proceso.

5. El artículo 365 del CGP, indica que se condenará en costas “a la parte vencida en el proceso”. Es claro que Skandia S.A. en el presente proceso resultó vencida al absolverse a MAPFRE de las pretensiones del llamamiento en garantía.

6. La jurisprudencia tiene sentado que el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del C.G.P.

7. En el radicado 13001-23-33-0002013-00022-01, La Sección Segunda - Subsección "A" del Consejo de Estado, a raíz de la expedición del CPACA en materia de condena en costas, se sostenía que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio. Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla o no. (Negrilla fuera de texto)

8. En el presente asunto resulta palmariamente evidenciada, como ya se expresó anteriormente, la clara e invariable posición jurisprudencial sobre la improcedencia de reembolso de primas del seguro previsional de invalidez y sobrevivientes en el sistema pensional en los procesos en los que se demanda la ineficacia de la afiliación al RAIS; igualmente queda al descubierto la obstinada posición de Skandia S.A., que no de otros fondos de pensiones, en revelarse contra esta consolidada línea jurisprudencial. La situación indicada claramente debe ser considerada como un factor para determinar la causación de costas en contra de esta administradora, pues esta situación además supone una estéril prolongación del proceso judicial y un inútil y adicional desgaste para la administración de justicia y para las demás partes del proceso de someterse al trámite de un llamamiento en garantía cuya improcedencia se encuentra claramente establecida desde el inicio.

9. Finalmente consideramos necesario advertir que en el presente asunto no existe norma aplicable que exonere a quien formuló el llamamiento en garantía de la condena

en costas, ni la naturaleza del asunto o la modalidad de vinculación procesal excluyen de condena en costas a Skandia S.A.

En virtud de lo expresado Ruego a esta H. Sala, revocar el numeral Septimo de la sentencia de primera instancia en la parte correspondiente a las costas, y en su lugar condenar en costas al fondo de pensiones Skandia S.A. en favor de MAPFRE.

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Conforme a las reglas de estudio señaladas para el estudio de los casos de ineficacia de traslado, analizada entre otras en sentencia 31314 del 9 de septiembre de 2008; sentencia 31083 de 2011 del 22 de noviembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, SL 3496 de 2018, SL 1489 de 2018 y reciente sentencia 1452 de 2019, son entonces claras las directrices bajo las cuales se ha determinado declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Por parte de los fondos privadas, ausencia del cumplimiento del deber de información a que refieren las disposiciones legales contenidas en 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994 y en la Ley 1328 de 2009,

Al encontrarse suscrito el Formulario por el demandante, cumple el requisito del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, además de no ser COLPENSIONES competente para recibir a la actora por vía administrativa, más cuando ha cumplido a cabalidad lo reglado en el artículo 13 y 33 de la Ley 100 de 1993.

De esta manera en el caso bajo análisis, no es viable la solicitud de traslado de la demandante, pues al momento de realizar la solicitud del traslado ante COLPENSIONES se encontraba en la prohibición legal literal E art 2 de la ley 797 del año 2003 que modifico el art. 13 de la ley 100 de 1993 y la Sentencia C 1024 de 2004.

5. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

El problema jurídico para resolver se circunscribe a establecer si la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz y de serlo, en qué términos y condiciones se debe realizar el traslado a COLPENSIONES del importe de las cotizaciones efectuadas en el RAIS por la demandante.

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo

dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes,

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de PORVENIR S.A., se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

Primeramente, es necesario manifestar que el traslado o afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disponiéndose además en los Arts. 60 y 114 de esta ley, como en los arts. 10, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994 vigente para la época del traslado de la demandante, que el traslado de régimen pensional debe partir de la cabal y completa asesoría que lleve a un asegurado a tomar una decisión responsable e informada, asesoría que ha de entenderse pedagógica, es decir, realmente entendible para cada persona conforme a su grado de cultura y su situación particular, pues los casos no presentan las mismas características o condiciones.

La jurisprudencia de la SCL de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia SL12136-2014 del 03 de septiembre de 2014, abandonando el concepto de **nulidad** del traslado, precisó que la omisión en la debida asesoría de las AFP al momento del referido traslado lo convierte en **ineficaz**, por violentar la exigencia del literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993, sobre la obligatoriedad de que tal manifestación de traslado fuera libre y voluntaria y contempló, que de no ser así, la afiliación respectiva quedaría sin efecto y podría realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Tal posición, que constituye a la fecha la línea jurisprudencial de la SCL de la Corte Suprema de Justicia sobre dicho tema, ha sido ratificada de manera reiterada en todos los pronunciamientos emanados de dicha corporación, como en las sentencias SL1688-2019 y SL1689-2019, ambas proferidas el 8 de mayo de 2019, en las que, además la Corte fijó unas conclusiones jurisprudenciales en torno al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, las que se resumen de la siguiente manera:

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)
2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que la accionante, estando afiliada al régimen pensional de prima media administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según historia laboral aportada por COLPENSIONES que milita a folios 2 a 6 del expediente (Documento 13 del expediente digital), se afilió a la administradora del RAIS PENSIONAR hoy SKANDIA S.A. el 30 de agosto de 1999 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 23 (Documento 05 del expediente digital). con efectividad al 1º de octubre de dicho año como se registra en certificado SIAFP que milita a folio 24 del expediente (Documento 05 del expediente digital).

De otra parte, si bien la demandante no es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no contaba para el 1º de abril de 1994 con 35 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP SKANDIA S.A. en el año 1999 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por la demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:14:17 del video de la audiencia de conciliación, trámite y juzgamiento (documento 22 del expediente digital), no se advierte que ésta haya confesado que la AFP SKANDIA S.A. le hubiere brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no expresa que se le ilustró sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como lo son las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, la oportunidad de trasladarse entre regímenes y entre administradoras y los términos para ello, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, conforme lo ha señalado de vieja data la SCL de la CSJ, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción pre impresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A., siendo su carga como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión del *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por la demandante en el año 1994 cuando se trasladó del RPM administrado por el extinto ISS a la AFP PORVENIR S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES la orden de la juez no presenta la debida precisión, toda vez que no hace mención a la restitución del porcentaje del, reaseguro Fogafín durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que SKANDIA S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, exactamente el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole, pues, al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este**, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019., y por tal razón la sentencia de la *a quo*, debe ser precisada en este sentido, pues contrario a lo manifestado por la apoderada de SKANDIA S.A. en su recurso de alzada al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto**

jurídico puede derivarse de este y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido la AFP demandada como cotización de la demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia que las consecuencias prácticas de la ineficacia son idénticas a las de la nulidad, señalando la Sala Civil de la alta Corporación que: *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018).

En este orden de ideas, como lo dispone el art. 1746 del C.C., norma que regula las restituciones mutuas en el régimen de nulidades: *“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”*.

En este sentido se pronunció igualmente la SCL de la CSJ, sentencia 31989 de 8 de septiembre de 2008 y lo reiteró en sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, en la que precisó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dlla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba la actora antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Teniendo en cuenta lo anterior, contrario a lo manifestado por la apoderada de SKANDIA S.A. en su recurso, al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, que tiene como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deba asumir de su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE LA AFP SKANDIA S.A., A LA ASEGURADORA MAPFRE S.A. (página 162 y siguientes del documento No. 05 del expedite digital denominado “05 ContestaciónSkandia”

La demandada SKANDIA S.A. llamamiento en garantía a la aseguradora MAPFRE S.A., solicitando como pretensión, que en caso de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, y se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la prima pagada por el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, sea MAPFRE S.A. la que debe responder como aseguradora de estos riesgos y quien recibió la citada prima.

Así las cosas, el llamamiento en garantía a juicio de la Sala, no está llamada a prosperar, en tanto MAPFRE S.A. como aseguradora previsional es un tercero de buena fe que cumplió con su obligación contractual de mantener asegurada a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte durante el periodo de vigencia de la póliza, que no puede verse afectada por la omisión en el cumplimiento del deber de información en la que incurrió la AFP PENSIONAR S.A. hoy SKANDIA S.A., siendo entonces dicha AFP quien debe sufragar de su propio patrimonio las sumas que deba devolver a Colpensiones por concepto de gastos de administración, concepto de incluye las primas de seguro previsional de invalidez y de sobrevivencia.

MAPFRE S.A. como aseguradora previsional es un tercero de buena fe que cumplió con su obligación contractual de mantener asegurada a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte durante el periodo de vigencia de la póliza, que no puede

verse afectada por la omisión en el cumplimiento del deber de información en la que incurrió la AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., siendo entonces esta AFP quien debe sufragar de su propio patrimonio las sumas que deba devolver a Colpensiones por concepto de las primas del seguro previsional de invalidez y de sobrevivencia.

Y es que, de haberse producido el siniestro de muerte o invalidez, antes de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante la RAIS, el amparo del seguro, habría operado y por ello al existir una condición especial de la presencia del derecho a la pensión, a juicio de la Sala, no sería procedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, como lo ha sentido en sentencia de unificación por la Sala Especializada Laboral de este Tribunal el 14 de agosto del año 2019, en el proceso con radicado 05001-31-05-007-2015-01295-01, Magistrado ponente ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, y la CSJ en la Sentencia SL 373 de 2021, para el caso de que ya existe la pensión de vejez otorgada en el RAIS, y por ello durante el contrato de seguro estuvo vigente el amparo, es decir el interés asegurable surtiendo todos sus efectos.

Por las razones antes expuestas se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones del llamamiento en garantía.

Ahora, en lo relativo a la condena en costas que le fue impuesta en primera instancia a SKANDIA S.A., a la que se opone en la apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, al ser la condena en costas objetiva, resulta procedente la imposición de costas procesales por haber sido SKANDIA S.A. vencida en juicio, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal aspecto.

De otra parte, en lo concerniente a la apelación de MAPFRE S.A., en la que reclama condena en costas a cargo de SKANDIA S.A. por haber sido vendida en la pensión del llamamiento en garantía, escuchada la sentencia de primera instancia, la juez nada dijo ni decidió sobre este aspecto, condena en costas, que a juicio de la Sala es procedente, toda vez que el Art. 365 del CGP, establece lo siguiente:

“Artículo 365. Condena en costas. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

Así, el llamamiento en garantía, es una verdadera demanda contra el llamado, pues el Art. 65 del CGP dispone lo siguiente: *“Artículo 65. Requisitos del llamamiento. La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el artículo 82 y demás normas aplicables. El convocado podrá a su vez llamar en garantía.”*, por lo que quien es derrotado en el llamamiento en garantía, se asimila a quien es vencido de la demanda, y por ello debe ser condenado en costas, y en razón a ello, se decidirá en esta instancia condena en costas a favor de MAPFRE S.A. y a cargo de SKANDIA S.A., por haber sido vencida en el llamamiento en garantía, las que serán fijadas por la *a quo*.

Finalmente, en cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por las demandadas al dar respuesta a la demanda, se tiene que, bajo la óptica jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen introducido por la SCL de la CSJ, al concluirse que el acto jurídico de traslado de régimen nunca nació a la vida jurídica, no es procedente aplicar la prescripción, conforme puntualmente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1689-2019, proferida el 8 de mayo de 2019.

Conforme a las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia apelada y consultada será CONFIRMADA, PRECISADA y ADICIONADA, en los términos anteriormente expuestos.

COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y MAPFRE S.A. y cargo de SKANDIA S.A. por haber sido vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que le corresponde a la demandante y MAPFRE S.A. el cincuenta por ciento (50%) a cada una.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de mayo de 2023 proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DIANA MARÍA URREA ARBELÁEZ**, contra **COLPENSIONES** y **SKANDIA.**, PRECISANDO que SKANDIA S.A., debe devolver a

Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales o cotizaciones que recibió con motivo de la afiliación del actor, sin descuento de ninguna índole, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, con sus intereses o rendimientos, indexando el porcentaje de la cotización que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional de la demandante.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE S.A., las que serán fijadas por el *a quo*.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a favor de la demandante y MAPFRE S.A. y cargo de SKANDIA S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000, de la que le corresponde a la demandante y MAPFRE S.A. el cincuenta por ciento (50%) a cada una.

La anterior sentencia se notifica a las partes en **EDICTO**.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada, y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1c789130650c35cee8cd7052176ae49cd9a6eb0b79bd3bd582f092307209f208**

Documento generado en 27/10/2023 03:17:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>