



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Jacqueline Baena Álvarez
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
RADICADO	05-001-31-05-002-2020-00327
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 323** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **JACQUELINE BAENA ÁLVAREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA S.A.**, y como llamado en garantía por parte de **SKANDIA S.A.**, la sociedad **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, y, con radicado **05-001-31-05-002-2020-00327**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

De conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar a la Dra. **SHIARA FARIDE TRUJILLO CANCHON**, identificada con cédula de ciudadanía N.º 1.022.358.557 y portadora de la tarjeta profesional N.º 231.596 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **SKANDIA S.A.** hasta su culminación en el presente proceso judicial.

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la ineficacia o en su defecto la nulidad de la vinculación o acto de traslado efectuado a SKANDIA S.A., debiéndose tener como permanente y sin solución de continuidad la afiliación efectuada al RPM administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar todo el dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros, a COLPENSIONES, para que ésta los recepciones. Y que se condene en costas a las demandadas.

Y, que en caso de que cumpla los requisitos de ley para obtener la pensión de vejez en el transcurso del proceso, se le reconozca y pague la prestación económica de manera retroactiva, así como los intereses moratorios o en defecto la indexación.

- **HECHOS:**

Como sustento de sus pretensiones indicó que se afilió al ISS. Que nació el 7 de octubre de 1964. Que se afilió a PROTECCIÓN S.A. en noviembre de 2008 y en abril de 2014 se afilió a SKANDIA S.A. Que su cambio obedeció a una asesoría irregular, incompleta, fragmentada, parcial y sesgada. Que los asesores de SKANDIA S.A. no le suministraron información adicional en cuanto al saldo que debía reunir para pensionarse, como tampoco el límite de edad para trasladarse. Y que su mesada pensional se ve considerablemente afectada.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Respecto a los hechos manifestó que es cierta la afiliación y la fecha de nacimiento. Y que no le constan los hechos que van dirigidos contra otras

entidades. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Respecto a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la afiliación al ISS. Que es cierto la fecha de nacimiento. Que son ciertos sus traslados. Que no es cierto que, si asesoría haya sido irregular, toda vez que los asesores del fondo privado cuentan con toda la preparación técnica para orientar en debida forma a sus clientes. Que no es cierto que se le haya indicado que el ISS estaba en extinción, que se podría pensionar mucho más rápido y que su pensión sería más alta. Que su elección de trasladarse fue libre, espontánea y sin presiones. Que a la demandante se le suministró una reasesoría el 6 de julio de 2011. Que no le consta su afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. Y que no le consta la mesada que recibiría hoy en día por no estar activa. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

✓ SKANDIA S.A.

Frente a las circunstancias fácticas adujo que no le consta la afiliación al ISS. Que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación a PROTECCIÓN S.A. y la información suministrada por este fondo. Que este fondo no fue el primero en recibir a la demandante, por lo que no era el obligado de informar sobre las consecuencias del traslado. Que al trasladarse la demandante a SKANDIA S.A. se le entregó la información necesaria para el momento. Y que la mesada pensional se liquida conforme a cada régimen. Se opuso solo a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Planteó varias excepciones de fondo. Y llamó en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

• **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:**

SKANDIA S.A. solicitó que se ordenara vincular a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad.

✓ MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.:

Se pronunció frente a los hechos de la demanda manifestando que no le consta ninguno de ellos. Y respecto al llamamiento en garantía expuso que es cierta la suscripción de pólizas, las cuales cubrieron las contingencias en caso de algún riesgo. Presentó varias excepciones contra el llamamiento en garantía.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 13 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la demandante.

Como argumento de su decisión expuso en síntesis que, no se logró acreditar por parte de los fondos un deber adecuado de la información, y en tal sentido, al ser la seguridad social un derecho fundamental, y del mismo modo, establecer la ley 100 de 1993, que la afiliación debe ser de manera libre y voluntaria, al no presentarse estos supuestos en el caso de autos, se debe aplicarse la ineficacia con las consecuencias que de ellos deriva.

Como consecuencia, se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A., fondos en los que estuvo y está afiliada la demandante, a realizar el trámite de traslado al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, trasladando a dicha entidad dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo, también en el caso de PROTECCIÓN S.A., entidad a la cual ya no se encuentra afiliada la demandante, las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que afectaron el valor de la cotización de la demandante en vigencia de la afiliación a dichas AFP y durante todo el tiempo que estuvo afiliada a los mismos.

ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, al régimen de prima media con prestación definida que administra COLPENSIONES, sin solución de continuidad y a recibir todos los dineros que le sean trasladados por las administradoras demandadas, realizando la respectiva actualización de las historias laborales.

ABSOLVIÓ a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de la pretensión de devolución de la prima del seguro previsional, toda vez que es un tercero de buena fe y no tuvieron ninguna intervención en el acto jurídico de la afiliación.

DECLARÓ no probada la excepción de prescripción.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A. y a SKANDIA S.A., y no condenó en costas a COLPENSIONES. Y **CONDENÓ** en costas a SKANDIA S.A. a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Y sin costas a COLPENSIONES.

- **APELACIONES:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo que respecta a la orden de trasladar lo correspondiente a las cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que, si bien es claro conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que el efecto que se deriva de la ineficacia es la inexistencia de los actos de traslados, se debe buscar una condena que resulte congruente con el efecto que se persigue, ubicándose en el panorama de aceptar que la afiliación es inexistente, y por ende, no se han causado los rendimientos de la cuenta individual, que fue de una actuación administrativa, y que tampoco debe asumirse que se cobró la cuota de administración ni seguros previsionales, por lo que solo habría lugar a trasladar los aportes realizados. Que otro panorama, es asumir que la afiliación no existió, pero los rendimientos se deberán devolver en los mismos términos que se causarían en el RPM, pero sin trasladar conceptos por gastos de administración y seguros previsionales. Que se debe tener en cuenta que los rendimientos ya se trasladaron a los otros fondos de pensiones que se afilió la demandante.

Que también debe reconocerse que en estos casos hay lugar al reconocimiento de las restituciones mutuas. Que estos conceptos a trasladar no están destinados para el cubrimiento de la pensión, sino son conceptos administrativos como lo ha dispuesto el legislador. Que no se puede tener una aplicación parcializada de los efectos jurídicos de la ineficacia. Y que se debe tener en cuenta que no se generaron detrimento patrimonial en la cuenta individual de la demandante, ya que los rendimientos superan lo que se cobró por gastos de administración, lo que puede generar un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

✓ SKANDIA S.A.:

En su recurso de apelación manifestó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que la afiliación de la demandante se realizó bajo la normatividad vigente para la época y solo se tenía que tener como soporte documental el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos legales para tal momento, y la información adicional se exige a partir del año 2016, como lo estableció la Superintendencia Financiera. Que la demandante efectuó actos de relacionamiento en los términos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, con los actos de traslado entre fondos privados, y además la actora ha permanecido por mucho tiempo en dicho régimen. Que se debe tener en cuenta que el único motivo de traslado es el valor de la mesada pensional, el cual no debe ser entendido como la falta de información, ya que son circunstancias externas a la misma. Que en caso de considerarse que se debe dejar en firme la ineficacia, no se pueden trasladar rubros diferentes a los que están en la cuenta de ahorro individual, ya que las comisiones de administración fueron necesarias para generar buenos rendimiento en la cuenta de ahorro individual, y si se ordena estos traslados se generaría una doble condena. Que, si se habla de la inexistencia, no se puede hablar de los rendimientos generados. Que los seguros previsionales fueron trasladados a MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A., quien debe ser condenada en este tipo de procesos, a trasladar la prima de seguros y reaseguros, ya que dejaría de existir el objeto asegurable con la ineficacia. Y que hay que recordar que estos conceptos no hacen parte del régimen de prima media ni financian la pensión de vejez de la demandante, por lo que no se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ DEMANDANTE

El apoderado de la demandante manifestó que se reitera en los hechos y pretensiones de la demanda y solicito se sostenga la posición pacífica y vertical de este Tribunal en el sentido de otorgar la ineficacia del traslado efectuado a la demandante.

- ✓ COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES, adujo que, lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, toda vez que de la prueba que reposa en el expediente, se observa que la demandante, ya se encontraba en la prohibición inmersa referida con anterioridad y por ende se imposibilitaba el traslado de régimen como aconteció en el presente asunto. Que la parte débil en el caso sub examine debe ser considerada como quien carece de capacidades para ilustrarse y asesorarse de la menor manera y no como una persona per se vulnerable que está imposibilitada de tener un entendimiento mínimo del sistema, incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio en el consentimiento. Y que atendiendo a la jurisprudencia puede decirse que el vicio del consentimiento no quedó demostrado en el presente asunto, pues si analizamos de manera pormenorizado el interrogatorio de parte efectuado a la demandante, con sus efectos legales de confesión, esta indicó en su declaración que la firma del formulario de afiliación a la AFP fue de manera voluntaria y no hubo presiones por parte de un tercero ni por el asesor del referido fondo.

- ✓ SKANDIA S.A.:

En sus alegatos expuso que SKANDIA S.A. cumplió a cabalidad con el deber de información para la fecha de afiliación. 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. Que en el caso de considerarse la ineficacia se 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 de la demandante. Y que, de acuerdo a la contratación de pólizas de seguros, es MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. quien debe responder en virtud del llamamiento en garantía propuesto por esta entidad.

✓ MAPFRE S.A.:

Señaló en sus alegatos que conforme a la sentencia emitida, se debe confirmar la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por SKANDIA S.A. y así mismos la condena en costas a estas entidad.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora JACQUELINE BAENA ÁLVAREZ a PROTECCIÓN S.A. fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados y al llamamiento en garantía; *iii)* y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083

de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año 2011, conforme a una visita al hospital donde labora hace 17 años, en donde le informaron que el ISS se iba a quebrar y que podía obtener una pensión antes de los 57 años. Que no le hablaron de la heredabilidad de lo aportado. Que no hizo aportes a pensiones voluntarias. Que no recuerda el documento de la proyección realizada. Que su motivo de traslado entre fondo privados, fue debido a que no existía punto de retorno a COLPENSIONES, y aparentemente SKANDIA tenía mejor rentabilidad. Que quiere regresar a COLPENSIONES por su mesada pensional que sería mucho más acorde a sus aportes. Que se afilió a SKANDIA cuando un asesor se acercó en su trabajo a mostrarle la propuesta de este fondo. Que no se le brindó otra información aparte de los rendimientos. Que no le informaron que pasaría con las semanas cotizadas en el ISS. Y que no se acercó al ISS hoy COLPENSIONES para asesorarse del traslado que efectuaría.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. ni SKANDIA S.A., toda vez que, pese a que las entidades allegaron los documentos visibles de folios 32 y 21 de las contestaciones digitalizadas, respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, mismos que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la

ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS de la actora fue el 1° de septiembre de 2008 a PROTECCIÓN S.A., lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Debe señalar esta corporación, que la actora realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable

en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada a PROTECCIÓN S.A. en el año 2008, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).**”* (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

En el caso de autos, vale hacer una precisión que si bien a la actora se le realizó una reasesoría el día 6 de julio de 2011 (folio 37 de la contestación digitalizada de PROTECCIÓN S.A.), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en el año 2008, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A., como primer fondo al que se trasladó la demandante, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a

la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a todas las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del

artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, además de lo ordenado por el juez, también **SKANDIA S.A.**, deberá trasladar los **rendimientos** financieros y **la prima de reaseguro de Fogafín**, la cual, junto con *las cuotas de administración y primas de los seguros previsionales*, ya ordenados, deberán ser debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos.

Por otro lado, al ser revisada la presente sentencia en grado jurisdiccional de consulta, y garantizando la sostenibilidad financiera del sistema, se ordenará a **PROTECCIÓN S.A.**, devolver **la prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos, al igual que *las cuotas de administración* y los *seguros previsionales* ya ordenados, **por el tiempo en que la actora permaneció allí**, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

Con respecto a la inconformidad de SKANDIA S.A. a que se condene a la **llamada en garantía MAPFRE** a cancelar los rubros por el concepto de seguros previsionales, la misma no tiene vocación de prosperidad, ya que para la Sala es claro que la declaratoria de ineficacia realizada en el presente proceso encuentra sustento es en la falta del cumplimiento del deber de información a cargo de SKANDIA S.A y no la aseguradora, además que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara que dichos rubros deben ser asumidos con los propios recursos de las AFP, tal y como se indicó en la SL1688 de 2019, en donde se expresó:

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, **debe asumir con cargo a sus propios recursos**.*

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.**” (Negrilla fuera del texto)*

En razón de lo anterior, si existiera algún tipo de responsabilidad a cargo de la aseguradora que pudiera originar la devolución de los rubros girados a dicha entidad por concepto de las primas de seguro deberá ser discutido en otro proceso diferente al interpuesto en esta oportunidad, toda vez que el proceso ordinario laboral no es el escenario propio para discutir asuntos relacionados con la legitimación para celebrar el contrato de seguro y mucho menos si existe o no interés asegurable en los términos argumentados por la parte recurrente.

Por otro lado, conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como lo son las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá **ADICIONAR** las condenas proferidas a los fondos privados, para ordenarle que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-

4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera insoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., por no salir adelante los recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, la cual se dividirá en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **SKANDIA S.A.** trasladar lo correspondiente a los *rendimientos* y a la *prima de reaseguros de Fogafín* que, junto con las *cuotas de administración* y las *primas de los seguros previsionales*, deberá ser debidamente *indexadas*, con cargos a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar lo correspondiente a la *prima de reaseguros de Fogafín* que, junto con las *cuotas de administración* y las *primas de los seguros previsionales*, deberá ser debidamente *indexadas*, con cargos a sus propios recursos, *por el tiempo en que la demandante permaneció allí.*

CUARTO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **SKANDIA S.A.** que, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, estos conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO. En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

SEXTO: Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Rdo. 05-001-31-05-002-2020-00327
S.A. 146-22


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA


HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Jacqueline Baena Álvarez
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
RADICADO	05-001-31-05-002-2020-00327
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/131> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN
Fijado el 28 de noviembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de noviembre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO