



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Alba Mery Moncada Rodríguez
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-014-2020-00360
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El quince (15) de diciembre 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 **358** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ALBA MERY MONCADA RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.**, con radicado **05-001-31-05-014-2020-00360**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.017.267.151 y portador de la tarjeta profesional N° 380.131 del Consejo Superior de la Judicatura, como abogado inscrito de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., para que continúe la representación judicial de PORVENIR S.A.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación o traslado al RAIS, debiendo ordenar nuevamente el traslado a COLPENSIONES, con las correspondientes cotizaciones y rendimientos efectuados, sin solución de continuidad. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS:**

En los hechos que fundamentan sus pretensiones, indicó que nació el 2 de abril de 1969. Que es afiliada al RPM desde antes de la creación de la ley 100 de 1993. Que cotizó con distintos empleadores. Que el 20 de mayo de 1998 se afilió a SKANDIA S.A. Que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., en la cual se encuentra afiliada. Que nunca le informaron sobre los riesgos que se generaban por el traslado como tampoco de los efectos de calcular la pensión de vejez en el RAIS. Que no le explicaron las ventajas y desventajas. Que el 24 de junio de 2020, le otorgaron una simulación pensional de la pensión en el RAIS, dándose cuenta que recibiría una pensión del salario mínimo. Que su expectativa pensional se vería afectada a comparación de la pensión que recibiría en el RPM. Y que las demandas incumplieron el deber del buen consejo.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó en su contestación que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación al ISS. Que no le consta a través de que empleadores cotizó. Que es cierto que se trasladó a un fondo privado. Y que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otras administradoras, como tampoco los acontecimientos con posterioridad a dichos actos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ SKANDIA S.A.:

En la contestación de la demanda la apoderada expuso que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación al ISS hoy Colpensiones. Que no le consta la vida laboral de la demandante. Que es cierto que se afilió a este fondo. Que no es cierto que no se le haya brindado una correcta información, toda vez que la

asesoría se realizó cumpliendo con la normatividad vigente para el año de 1998, tomando la decisión la demandante de una manera clara y transparente. Que muchos de los hechos son interpretaciones realizadas por la parte demandante. Que la información dada a la demandante fue cierta, con información suficiente, y de manera oportuna. Que a la demandante se le explicó las características del RAIS. Y que no le consta la simulación pensional realizada. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y planteó excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda, expuso que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otra administradora. Que a la demandante si se le brindó una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de la decisión de trasladarse. Que la entidad siempre se ha caracterizado por brindar una información objetiva y clara sobre ambos regímenes. Que al momento de la afiliación a esta entidad se le explicó con claridad todas las características. Que la actora fue asesorada de forma responsable, diligente y suficiente. Y que los asesores son capacitados constantemente para brindar una correcta información. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Y presentó varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

En cuanto a la demandada dirigida en su contra expuso que no le consta la fecha de nacimiento por ser un hecho personalísimo. Que no le consta ninguno de los hechos que van dirigidos en contra de las demás administradoras privadas. Que, respecto a la información brindada a la demandante, esta siempre fue oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, conforme a las obligaciones legales vigentes. Que a la demandante si se le habló del portafolio de servicios del RAIS. Que no le consta las proyecciones realizadas a la demandante. Y que los demás hechos son apreciaciones de la parte actora. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 25 de julio de 2022, el Juzgado Decimocuarto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA S.A., así como su posterior traslado entre administradoras, concretamente, hacia los fondos PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Como argumento de su decisión expuso que, los fondos privados no presentaron las pruebas necesarias para desvirtuar las afirmaciones presentadas por la parte actora, ya que la demandante no recibió la información sobre los riesgos, características y efectos de la afiliación al RAIS. Advirtiendo que hay que tener en cuenta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y que, al declararse la ineficacia, implica que las cosas deben volver al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto de afiliación.

CONDENÓ a SKANDIA S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de los gastos de administración, que conllevaron lo pagado por seguros previsionales y garantía de la pensión mínima, entre las fechas comprendidas entre el 1° de julio de 1998 al 31 de marzo de 2002.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de los gastos de administración, que conllevaron lo pagado por seguros previsionales, garantía de pensión mínima, entre las fechas comprendidas entre el 1° de abril de 2002 al 30 de noviembre de 2010.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluye lo pagado por seguro previsional, garantía de pensión mínima, a partir del 1° de diciembre de 2010.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., a comunicar, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, el contenido de la decisión a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ofician de bonos pensionales, para los efectos legales correspondientes.

DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., absolviendo de las mismas a COLPENSIONES.

• **APELACIONES:**

✓ SKANDIA S.A.:

Interpuso recurso parcial de apelación, en lo que se refiere a la devolución de los gastos de administración y seguro previsional. Manifestó que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, consagra que en los dos regímenes pensionales se faculta a las administradoras a descontar un porcentaje que es el 3% del IBC, destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros Fogafín y las primas de invalidez y sobrevivientes, aunado a ello el decreto 692 de 1994, que en su artículo 36 habla de la distribución de las cotizaciones, el cual señala que todos deben llevar cuentas separadas para la pensión de vejez y los gastos de administración. Que si bien la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de las cosas a su estado original como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, se debe tener en cuenta que se debe ponderar la devolución de los conceptos con las restituciones mutuas, confianza legítima y la buena fe. Que esta administradora siempre ha actuado de buena fe, y administró en forma correcta la cuenta individual de la actora. Que la comisión de administración retribuye todas las actividades que desarrolla el fondo privado, por lo que este concepto no es del afiliado y no esta destinado a financiar la pensión de vejez, por el contrario, es favor de las administradoras. Que si se ordena devolver este concepto se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y sería un pago de lo no debido. Que con las pruebas documentales se acreditó que se generó una rentabilidad acorde con las directrices legales que emite la Superintendencia Financiera, dineros que están beneficiando a la demandante. Y que, si se ordena devolver la comisión de administración, se

estaría desconociendo los principios de buena fe, confianza legítima y debido proceso.

✓ PORVENIR S.A.:

Presentó su recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se absuelva de toda condena, ya que al momento del traslado SKANDIA S.A. cumplió con todos los requisitos legales, y todas las administradoras cumplieron las normas vigentes para tales momentos. Que antes la normatividad no era específica en que información se le debía brindar a los afiliados, y no se hablaba de un deber del buen consejo o de una doble asesoría, por lo que los formularios de afiliación si cumplieron con todos los requisitos legales, siendo el único soporte documental exigido. Que la demandante al trasladarse entre administradoras privadas, dejó en evidencia su deseo de pertenecer a este régimen, lo cual conforme al artículo 112 de la ley 100 de 1993, debió ser aceptada por los fondos, por ser su obligación. Que era imposible prever el alcance tan amplio que le dio la Corte Suprema de Justicia respecto al deber de información. Que si en gracia de discusión se confirma la decisión de primera instancia, se debe observar que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, permite descontar los rubros ya efectuados, ya que existe una destinación legal y específica, como son la comisión de la administración para generar los rendimientos financieros, y al trasladarse se estaría generando un doble pago ante COLPENSIONES, la cual nunca los hubiere generado; teniendo en cuenta que esta no hace parte del fondo común para financiera la pensión de vejez de los afiliados. Que lo que se refiere a la pensión de garantía mínima estos rubros no se encuentran en poder de esta administradora, ya que estos se pasan a la administradora que desee trasladarse la afiliada. Y que los seguros previsionales si generaron un cubrimiento de invalidez y sobrevivencia.

✓ COLPENSIONES:

En su recurso expuso que se debe revocar la sentencia de primera instancia de manera parcial, toda vez que COLPENSIONES, es un tercer ajeno al negocio jurídico celebrado por la demandante, y no puede verse perjudicado por el error que cometió la parte demandante. Que la afiliación al fondo privado fue libre y voluntaria, y no existió ningún tipo de fuerza, constreñimiento o dolo para su afiliación para firmar el formulario de afiliación. Y que además de lo ya

ordenado, se traslade los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas de seguros previsional, y en general todo lo que fue descontado a la demandante, y todo debidamente indexado.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Que COLPENSIONES como entidad pública actuó de buena fe, y además no tuvo incidencia en la afiliación del traslado efectuado por la demandante y la AFP, pues esta obedeció a la libre elección y ejercicio del derecho, además, es un tercero ajeno a ese negocio jurídico y no puede verse beneficiado ni perjudicado por el error. Que la negación del traslado fue en base del artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, con el fin de que la administradora pudiera madurar el capital para ser reconocida y pagada, y por ende para que no se vea afectado el sistema de pensiones. Que los fondos privados deben brindar información concreta, completa y veraz, pero si esta es omitida el traslado deprecado se ve truncado por el saneamiento tácito de nulidad que hizo la afiliada, pues en vez de devolverse al RPM, siguió efectuando cotizaciones al RAIS, por lo que la eventual ineficacia se encuentra saneada. Que es necesario mostrar la irrazonabilidad del tratamiento diferente y más concretamente la falta de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida en el logro de un fin admisible. Que el objetivo perseguido consiste en evitar la descapitalización del fondo común del RPM. Que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema, y que su falta de ajuste con la realidad económica del país, podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionales. Que conforme a las sentencias SL4964 y SL4989 del 2008, y la SL1421 y SL1688 del 2019, se debe ordenar a PORVENIR S.A. que además de los reportes y rendimientos, se traslade el valor de todos los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas de seguro previsional y todas aquellas sumas que hayan sido descontadas de lo aportado por la demandante, debidamente indexados. Y que se absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas y no sea condenada en costas.

- ✓ **DEMANDANTE:**

Expuso en sus alegatos, que la jurisprudencia sobre este litigio es pacífica indicando que opera tranquilamente la ineficacia del traslado por haber incumplido SKANDIA S.A. con su obligación de resultado de información, buen consejo y asesoría. Que por el simple hecho de que la demandante firmara una proforma de formato de traslado con SKANDIA S.A. no legaliza la ilegalidad de su traslado, al no tener un consentimiento informado, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. Que se debe devolver todo a COLPENSIONES y entre ellos los dineros de la administración que cobraron las AFP en las que estuvo afiliada la demandante. Y que por no prosperar el recurso de apelación se debe condenar a agencias en derecho en segunda instancia.

✓ PORVENIR S.A.:

Indicó en sus alegatos que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza. Que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información, y le entregó información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo formulario de afiliación. Que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse de régimen y no lo hizo. Que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre ambos regímenes. Que PORVENIR S.A. ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de presa informando cambios normativos. Que los documentos que acrediten la entrega de información no era una obligación vigente para el momento del traslado del actor. Que la obligación del buen consejo, la doble asesoría e incluso desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2010 y 2014, y por ende tales obligaciones no existían para la época de afiliación y estas no se pueden aplicar de manera retroactiva. Que se avizora un incumplimiento de la parte actora del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios. Que las condiciones del RAIS se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia o desconocimiento de esta no sirve de excusa. Que la condena de traslado a COLPENSIONES de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada. Que si se deja en firma dicha decisión se solicita que no se condene a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, rendimientos y tampoco indexación de los valores ordenados a trasladar. Que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentra en el patrimonio de PORVENIR S.A. Y que respecto de las costas se debe de tener en cuenta que PORVENIR S.A. siempre obró de buena fe y de manera objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales para la época en que se dio el traslado.

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 ALBA MERY MONCADA RODRÍGUEZ a SKANDIA 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; *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; SL3464, SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, 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 en 1998 trabajaba en PROSEGUROS y uno de los gerentes de la compañía iba a manejar SKANDIA en el tema de pensiones y les comentó que el ISS se iba a acabar. Que a la gran mayoría de los empleados los trasladó a SKANDIA S.A. Que no le realizó ningún tipo de preguntas y por desconocimiento se pasó para SKANDIA S.A. Que no recuerda que le hayan entregado formulario. Que recibió extractos, pero no los entendía. Que no sabe sobre la rentabilidad ni los rendimientos. Que desconoce cuáles son los requisitos para pensionarse con el fondo privado. Que no se le habló sobre los aportes voluntarios. Que cuando cambio de empleador no se pasó para el régimen público por desconocimiento. Que recibió reportes de historia laboral de PORVENIR S.A, pero no los entendía. Que nunca supo que estaba haciendo traslados dentro del régimen de ahorro individual. Y que no se acercó a COLPENSIONES para recibir información ni que le realizaran una proyección pensional.

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 los fondos privados, toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visibles de folios 33, 37 y 48 de las contestaciones de la demanda por parte de SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, mismos que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que si 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 20 de mayo de 1998, 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.”

No pasa por alto 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 SKANDIA S.A. en el año 1998, 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 15 de octubre de 2006 (folio 55 de la demanda digitalizada), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en el año 1998, 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, SKANDIA S.A., como primer fondo al que se afilió 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 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 ha 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.

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.

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.

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, teniendo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente sentencia en siendo resuelta en grado jurisdiccional de consulta, **PROTECCIÓN S.A.**, además de lo ya ordenado por el juez, deberán trasladar a COLPENSIONES, la **prima de reaseguro de Fogafín**, la cual junto con las **cuotas de administración** y los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, ya ordenados, deberá ser debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, siendo procedente esta condena de manera oficiosa, pues no vulnera la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la ha devaluado, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en su amplia jurisprudencia, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

Por otro lado, **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, fondos a los que se trasladó la demandante, también deberán devolver a COLPENSIONES, además de lo manifestado por el juez, las **primas de seguros del Fogafín**, todos estos conceptos debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, pero aclarando que solo se deberán trasladar **por el tiempo en que la demandante permaneció allí**, debiéndose en este sentido, **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

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.

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.

No obstante, se deberá **REVOCAR** la sentencia en lo que tiene que ver con la orden dada a **PORVENIR S.A.** en lo que respecta con la devolución de lo correspondiente a lo destinado al **fondo de garantía de pensión mínima**, toda vez que conforme lo indica el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, éste concepto solo está a cargo de la última entidad en donde está afiliada la demandante, por lo que será solo **PROTECCIÓN S.A.** a la que se le ordene el traslado de dicho concepto.

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 **ORDENARLES** 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 indisoluble 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, REVOCARÁ 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 PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, por no salir totalmente adelante sus recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'000.000, que 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 **SKANDIA S.A.** y posteriormente a los demás fondos privados.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se ordena a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** además de lo ya ordenado por el juez, la ***prima de reaseguro de Fogafín***, y este concepto junto con las *cuotas de administración* y las *primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia*, ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver por parte de **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES**, y se les **ORDENA** a estos fondos privados además de lo ya ordenado por el juez,

trasladar las **primas de seguros del Fogafín**, este concepto al igual que las cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, **por el tiempo en que la actora permaneció en dichos fondos**.

CUARTO: Se **REVOCA** la sentencia, en lo que tiene que ver con la orden dada a **PORVENIR S.A.**, en devolver lo correspondiente a lo destinado al **fondo de garantía de pensión mínima**, y en su lugar, se **ABSUELVE** de dicho concepto, conforme se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Se **ADICIONA** la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.**, y **PROTECCIÓN 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.

SEXTO: En lo demás se **CONFIRMA**, la sentencia de primera instancia.

SÉPTIMO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

(Sin firma por ausencia justificada)
CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER 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
DEMANDANTE	Alba Mery Moncada Rodríguez
DEMANDADOS	Colpensiones, Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-014-2020-00360
DECISIÓN	Adiciona, revoca 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 16 de diciembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 16 de diciembre de 2022 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO