



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO: 050013105 – 002-2019-00756-02
ACTA N°: 13

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación de la llamada en garantía **SKANDIA S.A** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Segundo** Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 13** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación del demandante a PROTECCION S.A. desde noviembre 1 de 2000; el traslado pensional del régimen privado de PROTECCIÓN S.A al régimen de prima media con solidaridad del ISS hoy COLPENSIONES, ordenando el traslado del bono pensional y los dividendos correspondientes **así como** el total de los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante y los rendimientos generados. Y que PROTECCION S.A. reintegre los dineros cobrados indebidamente por exceso por concepto de comisiones del 4.5% sobre la base salarial del demandante debidamente indexados desde noviembre 1 de 2000 violando las leyes 100 de 1993 artículo 20 y 104, Decreto 656 de 1994 artículo 39 y Ley 1328 de 2009 artículo 53 inciso 3. **ii)** Que se condene a PROTECCION pagar los perjuicios causados por brindar una

¹ Carpeta 01PrimeraInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 1-5

indebida asesoría y de mala fe al momento del cambio de régimen pensional en noviembre del año 2000 y por el detrimento patrimonial socioeconómico sufrido por la actora. **iii)** Que se condene a PROTECCION S.A. a título de indemnización de perjuicios materiales al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El señor PEDRO MARIA CARREÑO CABALLERO nació el 22 de noviembre de 1966. Para el 1 de noviembre de 2000 se afilió al RAIS administrado por PROTECCION S.A. mediante engaños y publicidad engañosa de asesores comerciales de fondos privados, sin suministrarle la información suficiente clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos del régimen pensional. No le hicieron la proyección de las mesadas pensionales ni del monto pensional explicadas de manera clara, detallada, concreta y oportuna de las implicaciones de la afiliación al régimen privado de pensiones. **ii)** Siguió cotizando mes a mes como trabajador dependiente en varias empresas siendo la última GLOBAL RISK INSURANCE MANGEMENT COLOMBIA LTDA. Tiene un ingreso base de cotización como trabajador para el año 2019 de once millones de Pesos (\$11.000.000,00). **iii)** El demandante solicitó el 18 de octubre de 2019 mediante Derecho de petición a COLPENSIONES el traslado de régimen y hasta la fecha de la presentación de la demanda no había dado respuesta.

2. CONTESTACIONES

2.1. COLPENSIONES²

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por carecer de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones las siguientes: INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE REGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRESTACIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, COMPENSACIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, EXCEPCIÓN INNOMINADA, LA GENERICA.

2.2. PROTECCIÓN S.A.³

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** planteando como excepciones las siguientes: FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS

² Carpeta 01PrimerInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 40-48

³ Carpeta 01PrimerInstancia/ 005 ContestacionProteccion. Pág. 1-37

PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMERA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE DECLARATORIA DE NULIDAD POR INEXISTENCIA DE SITUACIÓN ANTERIOR, COBRO DE LO NO DEBIDO, INNOMINADA O GENÉRICA.

2.3. SKANDIA S.A.⁴

Esta administradora se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda dado a que no se prueban las razones de hecho que sustenten la nulidad e ineficacia de la afiliación. Propuso como excepciones las siguientes: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Esta AFP llamó en garantía a **MAPFRE S.A.**, llamamiento que fue admitido por esta corporación con providencia del **7 de octubre** de **2022**⁵

2.4. MAPFRE S.A.⁶

Esta aseguradora SE OPONE a las pretensiones de la demanda y se adhiere a las excepciones y fundamentos de derecho propuestos por cada una de las entidades demandadas. Propone como excepciones las que denomino: INEXISTENCIA DE CAUSAL DE INEFICACIA O NULIDAD, RATIFICACIÓN O SANEAMIENTO DE LA NULIDAD, EXCEPCIÓN FUNDADA EN EL PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS- NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA CULPA, IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS RENDIMIENTOS DEVENGADOS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRESCRIPCIÓN, GENÉRICA O INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁷

En la audiencia del **20 de ENERO de 2023** el **JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁸: **i) DECLARÓ** la INEFICACIA de la afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad efectuado por PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO y **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. trasladando a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. De igual modo, CONDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A. al igual que a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración y primas de seguros previsionales de**

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/ CONTESTACIÓN J 2 2019 756. Pág. 1-29

⁵ CARPETA 18 / SUBCARPETA 02 –archivo 02

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia/ 031 RESPUESTA DEMANDA Y LLAMAMIENTO GARANTIA MAPFRE 1 NOV 22. Pág. 1-6

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia/ 036 Acta de audiencia Jz-D

⁸ Carpeta 01PrimerInstancia/ 037 AudioAudiencia. Min: 01:07:04 - 02:08:52

invalidéz y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, aportes al fondo de solidaridad de haberse generado debidamente **indexados y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016 y durante todo el tiempo que permaneció afiliado a dichas entidades. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por las administradoras demandadas, realizando la respectiva actualización de la historia laboral. **iv) ABSOLVIÓ** A MAPFRE SEGUROS de la pretensión de llamamiento en garantía realizada por SKANDIA S.A. **vi) CONDENÓ** en costas a cargo de **PROTECCIÓN y SKANDIA** en favor del demandante y a cargo de **SKANDIA** en favor de **MAPFRE SEGUROS S.A.**

4. RECURSO DE APELACIÓN SKANDIA S.A.⁹

Se solicita absolver de las condenas impuestas señalando básicamente: **i)** La vinculación del demandante se dio de acuerdo al acuerdo normativo vigente en ese momento en que se perfeccionó su afiliación y en cumplimiento a los requisitos legales que se aplicaban en el momento, siendo el formulario de afiliación el único soporte que se debía dejar de la decisión libre y voluntaria informada tomada por el afiliado, afirmando que no es cierto que la AFP se encuentre en una mejor situación probatoria que acredite lo solicitado y que la obligación al buen consejo, la doble asesoría e incluso la desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2014. Dice que el demandante se afilió al RAIS considerando que era una mejor opción frente a su situación pensional y que no se puede hablar que existe un régimen mejor que otro sino que cada uno tiene características específicas que se ajustan a las necesidades de cada afiliado. **ii)** Aduce que el demandante se trasladó entre diferentes AFPs con lo cual dejó en evidencia su decisión de permanecer en este régimen pensional y que si bien la corte Suprema ha dicho que esto no convalida o subsana el acto inicial de la afiliación, si son diversos momentos en los cuales el demandante tuvo acceso a la información y decidió continuar dentro del mismo régimen, recibiendo los extractos de su cuenta de ahorro individual de manera constante. Lo que realmente busca para afiliarse a COLPENSIONES es un beneficio económico o una diferencia en su mesada pensional que ni el mismo conoce. **iii)** Solicita que no se ordene lo relacionado con las comisiones de administración pues está claro que generó buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual invocando concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia en RAD. 2019-152-159-003 del 1 de enero del 2020. **iv)** Finalmente plantea que **debe ser absuelta de las costas** ordenadas porque no fue quien ocasionó la

⁹ Carpeta 01PrimerInstancia/037 AudioAudiencia. Min: 01:09:00 – 01:14:27

afiliación inicial del régimen y ha actuado de buena fe y conforme a derecho con la normatividad legal vigente.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia¹⁰, Mapfre Colombia Seguros de Vida solicita **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo referente a la improcedencia del llamamiento en garantía realizado por el Fondo de Pensiones Skandia y la condena al pago de las agencias en derecho teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la contestación al llamamiento en garantía y en los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

El apoderado del **DEMANDANTE** solicita por su parte CONFIRMAR la sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda y la condena en costas a cargo de las demandadas.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de **SKANDIA S.A.**, y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*

¹⁰ Numeral 1 del artículo 13 de la ley 2213 de 2022/ 02AutoAdmiteCorreTraslado.

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las

diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** 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**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les

afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO** nació el **22 de noviembre de 1966**, por lo que en este momento cuenta con **56 años**¹¹. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose a **PROTECCIÓN S.A** el **01 de noviembre de 2000**¹² hasta **mayo de 2006**.¹³ **iii)** Se trasladó de AFP suscribiendo formulario con solicitud de traslado a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A**, el **10 de abril de 2006**¹⁴. Luego se trasladó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** el **24 de marzo 2016**¹⁵ entidad en la que se encuentra afiliado en la actualidad.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como "*la afiliación se hace libre y voluntaria*", "*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*" u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO**, éste tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una

¹¹ Carpeta 01PrimerInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 13

¹² Carpeta 01PrimerInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 50

¹³ Carpeta 01PrimerInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 17

¹⁴ Carpeta 01PrimerInstancia/ CONTESTACIÓN J 2 2019 756. Pág. 32

¹⁵ Carpeta 01PrimerInstancia/ 001 ExpedienteDigital. Pág. 52

asesoría personalizada, analizando las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que, en el régimen de prima media, el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el Régimen de Prima Media (I.S.S.). **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **PEDRO MARÍA CARREÑO CABALLERO** quien a lo largo del proceso ha sido enfático en reiterar las

afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado el demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. La Corte Suprema en su Sala Laboral ha señalado en su precedente (**SL 5686 -2021, SL 1055 -2022**) que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. En la sentencia **CSJ SL 3349 de 2021** expresó:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce

efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes

destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Por lo anterior, tampoco se acoge el argumento de **SKANDIA S.A.** en relación con los gastos administración amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia** a la luz del artículo 28 del CPACA¹⁶ invocando el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008¹⁷, norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación, situación que no corresponde a la aquí ventilada; concepto que tampoco se aviene a lo previsto en la decantada jurisprudencia nacional que sí constituye doctrina aprobable. **viii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuese, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el

¹⁶ **“ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

¹⁷ **Decreto 3395 de 2008** ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se **CONFIRMARÁ** la providencia que se revisa.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A.** decisión que fue cuestionada de manera concreta por el apoderado de **SKANDIA S.A** y a ello se accederá porque esta entidad no intervino en manera alguna en el acto jurídico de traslado al RAIS, es en el marco de este proceso con ocasión de la decisión adoptada al declarar la ineficacia del traslado de régimen generado por **PROTECCIÓN** que surgen obligaciones para esta codemandada. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia** al prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **SKANDIA S.A**

8. LA DECISIÓN

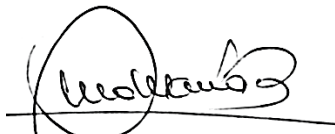
En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado **Segundo** Laboral del Circuito de Medellín con la **MODIFICACIÓN** en el numeral **SEXTO** porque la condena en **COSTAS** queda solamente a cargo de **PROTECCIÓN S.A** en favor del demandante.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia no se causan.

Se ordena la notificación mediante **EDICTO** y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA



RADICADO: 05001 31 05 002 2019 00756 02

SENTENCIA del //03/03/2023

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia, **para ello debe tener una cuenta de Microsoft**. Enlace en caso de no tener lector QR: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/Er0vPJfGAWtKiVuqTkNs9m0BjYAh3T-PqPrFdpT8KS15pQ?e=GPaHM8