



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, catorce de julio de dos mil veintitrés.

23-005

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **BETTY YADIRA GARCIA JIMENEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A, y SKANDIA S.A.**
Llamado en garantía: **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-008-2021-00069-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA.**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Skandia S.A, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería jurídica a la doctora **KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ** identificada con c.c. 1.152.454.659 de Medellín y T.P. N° 383.959 del C. S. de la J. para representar los intereses de **PORVENIR S.A**, por estar adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal allegado, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad **PORVENIR S.A.** según escritura pública No. 3.748 del 22 de diciembre de 2022, suscrita en la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.

El Magistrado de conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 23** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante, la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS disponiendo el regreso automático a Colpensiones. Que consecuencialmente se ordene a Skandia S.A a trasladar todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, comisión de administración y demás conceptos que el juez disponga. Que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar el dinero descontado por comisión de administración durante el tiempo de afiliación. Que se ordene a Colpensiones a recibir los aportes y que autorice el retorno de la demandante al RPM sin solución de continuidad. Finalmente solicitó se condene en costas a las demandadas.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que se afilió inicialmente al RPM entre octubre de 1985 y febrero de 1998.
- ✓ Que se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A en el mes de mayo de 1999, y posteriormente se afilió a Skandia S.A, fondo en el cual se encuentra vinculada.
- ✓ Que los asesores comerciales de las AFP, le informaron que el ISS iba a ser liquidado y por ende se podrían perder los aportes allí efectuados, que en el fondo privado estaban garantizados los aportes y, que se podía pensionar en mejores condiciones y a menor edad que en el ISS, sin que medie explicación sobre las condiciones que el RAIS exige para ello, además de las ventajas y desventajas de dicho régimen pensional.
- ✓ Que el 16 de febrero de 2021, solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado, obteniendo respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones E.I.C.E, estimó como ciertos los hechos relativos la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional, la solicitud de traslado incoada y su respuesta. Respecto a los demás supuestos facticos, resaltó que no le constan, considerando que son hechos ajenos al conocimiento de dicha entidad.

Skandia S.A, aceptó la afiliación a dicha AFP, frente a los demás hechos adujo que no fue el fondo al través del cual se realizó el traslado inicial de régimen pensional, por lo que, no era la llamada a informar sobre las consecuencias del traslado, sus ventajas o desventajas, pues para el caso de la afiliación con Old Mutual acaeció un traslado horizontal. Aunado a lo anterior, aclaró que para el momento de la afiliación a Skandia, a la demandante se le brindó toda la información a la que había lugar, destacando que el fondo tiene a disposición de sus afiliados diferentes canales informativos, por lo que no acepta ningún reproche de gestión en contra de dicha AFP.

Por su parte, Porvenir S.A no aceptó ningún supuesto factico, y en su lugar argumentó que el traslado de régimen pensional se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época, efectuando una debida asesoría sin que sea obligatorio emitir proyección pensional con base en datos presuntos.

Finalmente, la llamada en garantía MAPFRE S.A, indicó no constarle ningún hecho, y en su lugar resaltó que es ajena a situaciones de la administración y operación del sistema de seguridad social en pensiones, como lo es el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 09 de diciembre de 2022, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín decidió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado que la demandante BETTY YADIRA GARCÍA JIMÉNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 66.731.233, hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la ahora demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que permita la afiliación de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación definida, conservando los beneficios que ofrece este régimen pensional.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, las demás excepciones quedan resueltas implícitamente con la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a las codemandadas la AFP PORVENIR S.A., y la AFP SKANDIA S.A., las cuales se tasarán, por secretaria.

SEXTO: FIJAR AGENCIAS EN DERECHO en la suma de \$2.000.000, valor que correrá a cargo de las codemandadas a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP SKANDIA S.A., a prorrata.

SÉPTIMO: EXONERAR a la sociedad MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones de la demanda por lo antes indicado.”

Dentro del término concedido por la ley, la apoderada de Skandia S.A interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR.

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del RAIS, en quienes recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR SKANDIA S.A.

Solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, considerando que la vinculación de la demandante se dio conforme al contexto normativo vigente para la data, y en cumplimiento de los requisitos legales que se aplicaban para la época, siendo el formulario de afiliación el único soporte que debía dejar la decisión libre e informada tomada por la parte demandante, recordó que la prueba documental que extraña el a quo frente aquellos documentos que acreditan la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la demandante, pues esta obligación surgió con la expedición de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que no es cierto que la AFP se encuentre en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. Resaltó que la obligación del buen consejo y la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores surgidas a partir del año 2011 y 2014, lo que ha sido recapitulado por la C.S.J, en razón a lo anterior, solicitó que las directrices no se apliquen de forma retroactiva y que se tenga en cuenta la asesoría que se brindó en el momento de la afiliación de la demandante, adicionalmente indicó que la demandante se trasladó al RAIS considerando que era mejor conforme a su situación pensional, y que no se puede considerar un régimen mejor que otro, puesto que tienen características específicas que se ajustan a las necesidades de cada afiliado, por lo que la actora se trasladó al RAIS para disfrutar de los beneficios que ha ido causando, como lo son los rendimientos financieros obtenidos. Además de lo anterior, resaltó la intención de pertenecer al RAIS con los diferentes traslados horizontales realizados dentro del régimen, si bien la C.S.J ha dicho que esto no convalida el acto de traslado de régimen, son diversos momentos en los cuales tuvo acceso a la información y que decidió permanecer en el mismo régimen, recibiendo así mismo el reporte de su historia laboral de forma constante, y ahora desea retornar a Colpensiones por una diferencia en la cuantía de la mesada pensional, que no puede ser causal de una falta de información, pues escapa de la esfera de control de cada AFP, más, si se tiene en cuenta que al ser diferentes los regímenes pensionales, las formas de liquidación cambian entre uno y otro. Finalmente indicó que si se decide confirmar la ineficacia y las condenas consecuenciales, no se ordene el retorno de las

comisiones de administración por cuanto la AFP genero buenos rendimientos frente a la cuenta de ahorro individual, con los cuales se superaron los generados por Colpensiones, por lo que debe tenerse en cuenta lo expuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia en radicado 2019152169003000 del 1 de enero de 2020, donde se hace referencia a la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de ser declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional. Adicionalmente, solicitó se revoque lo referente a las cuotas de seguro previsional, y en su lugar se ordene a la aseguradora Mapfre a retornar el dinero por este concepto, toda vez que es en esa entidad donde reposan dichas sumas, las cuales ya cumplieron su fin y propósito. Finalmente, en cuanto a la condena en costas procesales, indicó que debe revocarse, por cuanto la AFP no ocasionó el traslado de régimen, y ha obrado de buena fe, en cumplimiento de la normatividad legal vigente.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.3.1 PRESENTADOS POR MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Solicitó se confirme la sentencia de primera instancia la sentencia de primera instancia, en lo referente a la exoneración de las pretensiones del llamamiento en garantía realizado por Skandia S.A, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la contestación al llamamiento en garantía y los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Frente a las sumas correspondientes a los gastos de administración, indicó que tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, aunado a que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado, por lo que no pueden retrotraerse, pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado. Resaltó que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa, debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, ordenando devolver o restituir un bien, en este caso una suma de dinero depositada, la cual se invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Lo anterior, conforme al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020, radicación 2019152169-003-000.

2.3.3 PRESENTADOS POR SKANDIA S.A.

Solicitó la revocatoria integral del fallo apelado, considerando que en todo momento cumplió con el deber de información exigido para la fecha de afiliación de la demandante, pues como quedó consignado en el formulario de afiliación, esta se dio de forma libre, voluntaria y consciente, resaltó que, no resulta plausible que el Juzgado de conocimiento alegue que no existen documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría recibida por la actora, imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación según lo establecido en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

En caso que se decida confirma la ineficacia de la afiliación, argumentó que, la AFP 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, los cuales incluso, le generaron rendimientos, de forma que se cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar eventualmente al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se disponga la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

Frente a los seguros previsionales adujo que, no resulta pertinente su devoción por cuanto estos valores fueron trasladados a las respectivas aseguradoras, y por ende la demandante ha tenido cobertura durante todo el tiempo que ha estado afiliada frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir que, cumplieron la finalidad establecida en la ley.

Anteriores consideraciones, que realizó de conformidad con lo expuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas, en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional. (Radicado: 2019152169- 003-00).

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA.

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A y SKANDIA S.A.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de apelación, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS,

disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

4 CONSIDERACIONES.

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinantemente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° 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, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia Corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 28 de abril de 1999, cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte S.A (fl 19 archivo 13, del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración, y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora BETTY YADIRA GARCIA JIMENEZ, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel académico era profesional en contaduría pública, y que labora como empleada del sector eléctrico. Respecto al traslado a Horizonte, adujo que, asesores comerciales de la AFP realizaron una reunión muy corta, en la cual le indicaron que el ISS se iba a terminar, y que en el fondo privado obtendría una pensión a una edad más temprana y en mejores condiciones. Resaltó que no

le hablaron de conceptos como rendimientos financieros, y que la motivación para retornar a Colpensiones es mantener su calidad de vida en razón a la cuantía de la mesada pensional ofrecida por el fondo privado.

Respecto a la movilidad efectuada a Porvenir S.A, indicó que un asesor comercial fue a su oficina y le indicó que esa AFP era la más sólida en ese momento, sin que medie alguna explicación adicional, respecto a su afiliación a Skandia S.A, adujo que en la empresa donde laboraba (Electricaribe), asesores comerciales de dicha AFP le indicaron de igual forma que eran los más sólidos del momento, aunado a que les brindarían ayuda “para la pensión”. Resaltó no recordar explicaciones sobre las formas de pensionarse en el fondo privado, bono pensional, y garantía de pensión mínima. Resaltó que posteriormente se enteró de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, lo cual hizo por algún tiempo.

Resaltó que cuando tenía 50 años de edad, recibió una llamada de un asesor de Skandia S.A, quien le indicó el valor de la mesada pensional en el RPM y en el RAIS.

Destáquese que la deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores

externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora GARCIA JIMENEZ, quien en 1999 se vinculó a Horizonte, comenzando su trasegar por Porvenir S.A y Skandia S.A, conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 19 del archivo 13 del expediente digital), siendo Skandia S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 2010. Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, lo que a voces de la demandante, fue precisamente lo que sucedió, donde la solidez era un factor determinante para la vinculación a la AFP.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a las administradoras del RAIS accionadas, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **ADICIONARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras declarar la ineficacia de la afiliación, ordenó el retorno de los dineros correspondientes a los tres ítems que componen los gastos de administración por parte de la AFP Skandia S.A, y con destino a Colpensiones E.I.C.E, omitiendo extender esta orden a la codemandada Porvenir S.A, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a dicha AFP y a su antecesora fusionada Horizonte.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es Skandia S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en Porvenir S.A, incluyendo el tiempo de vinculación en Horizonte S.A.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella

entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó 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 afiliada hubiere permanecido bajo la administración de Colpensiones E.I.C.E, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Empero, ello NO quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** el fallo, toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones E.I.C.E debidamente indexado por parte de Porvenir S.A y Skandia S.A, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de

devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, las administradoras del RAIS accionadas, deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la a quo.

Finalmente, conforme los razonamientos que preceden, y pese a los juicios argumentos que en este punto ventila Skandia S.A. en recurso de apelación, no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, pues el criterio que resulta vinculante es el que de forma pacífica y reiterada ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias reseñadas, que constituyen un precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a Skandia S.A, a favor de la demandante por no haber tenido éxito en su recurso de apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

¹ Concretamente dispusieron que: *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.*

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **BETTY YADIRA GARCIA JIMENEZ** ,identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 66.731.233, en contra de **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que PORVENIR S.A, también trasladará a COLPENSIONES E.I.C.E, los tres ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, durante el tiempo de afiliación de la demandante a dicho fondo, y a su antecesora fusionada Horizonte, debidamente **INDEXADOS** al momento del pago. Oportunidad en la que, además, tanto PORVENIR S.A como SKANDIA S.A **deberán discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E., detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la demandante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.


Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	BETTY YADIRA GARCIA JIMENEZ.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A, y SKANDIA S.A.
Llamado en garantía:	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-008-2021-00069-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	14/07/2023.

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/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 17/07/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario