

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El siete (07) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a proferir sentencia de segunda instancia, en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **OSCAR ALÍ YAMIL CÁCERES GUZMÁN**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES) y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (en adelante PORVENIR S.A.), y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.** (en adelante SKANDIA S.A.), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-001-2021-00398-01**.

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

5. ANTECEDENTES:

El demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando su retorno al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones, y que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad.

Consecuencialmente, solicita que se ordene a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. el traslado de todo el dinero que se encuentra depositado en la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos, administración y demás valores, COLPENSIONES y ordenar a esta última entidad la recepción del mismo.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata el actor nació el 4 de octubre de 1.959, que se afilió al Sistema General de Pensiones en el RPM administrado por

el ISS, hoy Colpensiones, y posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP SKANDIA S.A. en mayo de 2.000 y en julio de 2.005 se afilia a PORVENIR S.A.

Expone que, dicho cambio obedeció a una asesoría irregular que se le dio al demandante. Si bien suscribió los formularios de afiliación, lo hizo partiendo de una información incompleta y carente de toda veracidad, razón por la cual las AFP omitieron el deber que les asistía, como entidades financieras que son, de brindar una asesoría integral, completa y profesional, ligado ello a que tienen el deber del buen consejo y así mostrarle al afiliado beneficios, inconvenientes, ventajas, desventajas, perjuicios y efectos de la toma de su decisión. Dicha información debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de la afiliación.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La *a quo* despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado del actor al RAIS. Seguidamente ordenó a Colpensiones tener al demandante válidamente afiliado al RPM, y homologar las semanas cotizadas por éste al RAIS, previo recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro pensional.

Seguidamente ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones en un término máximo de 30 días, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, estos tres conceptos debidamente indexados y discriminados en la forma en que se dijo en la parte motiva.

Asimismo, ordenó a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES en un término máximo de 30 días, los porcentajes descontados al demandante, durante su vinculación a dicha AFP, para cuotas de administración, garantía de pensión mínima y seguros previsionales, debidamente indexados.

Para fulminar condena, la *a quo* consideró que la Corte Suprema de Justicia tiene fijada una línea jurisprudencial sobre el tema de la afiliación a un régimen pensional y se sintetiza en la obligación de brindar una información completa, suficiente, idónea y comprensible sobre las características de los regímenes pensionales, determinando e informando la conveniencia e inconveniencia de uno y otro régimen, y la inversión de la carga de la prueba de la información brindada en cabeza de la AFP.

El art 13 lit b establece las características del sistema de pensiones, y que la selección de cualquier de los regímenes que trata el artículo será libre y voluntaria por parte del

afiliado para tal efecto manifestará por escrito su decisión al momento de la vinculación del traslado y que la persona que desconozca ese derecho será acreedor a las sanciones que tratan el art 271 de la misma ley norma que prevé que la afiliación quedara sin efecto y podrá ser realizada nuevamente de manera libre y espontánea por parte del trabajador.

La Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral ha sostenido en larga línea jurisprudencial que inicia con sentencia 9 de septiembre de 2008 en el expediente con radicación 31989, que la falta del deber de información invalida la simple voluntad que se expresa solo de manera formal.

Sobre el deber de información, en el año 2014 sentencia SL 12136 sostuvo que es necesario que la entidades encargadas de su dirección y funcionamiento garantice que existió una decisión informada y que esta fue verdaderamente autónoma y consiente pues la libertad es una decisión de esta índole, solo se puede justificarse cuando se encuentre acompañada de información precisa en la que se limiten los alcances positivos y negativos de su adopción y también dijo la corte en esta sentencia que no se puede argüir que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que de ella pueda tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una expresión genérica.

Adicionalmente el deber de información que consagró el art 97 del Decreto 663 de 1993, es exigible a los fondos de pensiones el deber de ilustrar a sus afiliados sobre las características condiciones de acceso, requisitos efectos y riesgos de los regímenes pensiones que implicada además explicar el régimen de transición o una eventual pérdida de beneficios pensionales.

En este caso, conforme a los documentos aportados como pruebas, se encuentra acreditado que el demandante se afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al extinto Instituto de Seguros Sociales el 8 de febrero de 1981, donde cotizó hasta el 31 de enero de 1999 acumulando 379 semanas.

También se advierte en formulario allegado por SKANDIA S.A., que el demandante presentó traslado del ISS hacia SKANDIA S.A. en marzo de 2000. Consta además en documentación allegada por PORVENIR S.A. formulario de afiliación y certificación por dicho fondo de pensiones que el señor Cáceres Guzmán presentó traslado en el mismo régimen hacia Horizonte hoy PORVENIR S.A., mediante solicitud de fecha 29 de abril de 2005.

Valorada la prueba de cara al deber de información que le incumbía a las AFP ya que los traslados se surtieron antes del año 2009 en el estadio del deber de información, no se encuentra satisfecho el mismo, pues para ello era necesario que el demandante hubiera recibido información de características de cada régimen. Si bien el cambio se dio en el año 2000 con SKANDIA, la permanecía en el régimen no eximia a Horizonte de brindar la información como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3349 de 2021.

Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme la parte motiva del proveído, y condenó en costas a SKANDIA S.A y PORVENIR S.A. a favor del demandante, absolviendo de las mismas a Colpensiones. Señalando agencias en derecho en la suma de \$3'480.000, en un 50% a cargo de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.

6. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por las apoderadas de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. En los siguientes términos:

APELACIÓN SKANDIA S.A.

La apoderada judicial de SKANDIA S.A. apela la sentencia solicitando que se verifique si efectivamente el demandante tomó decisión libre e informada para el traslado de fondo de pensiones, teniendo en cuenta que en la época no se exigía dejar constancia escritura de lo informado. Además de que SKANDIA S.A. contaba con asesores comerciales debidamente capacitados para brindar las asesorías pensiones a los potenciales afiliados.

Téngase en cuenta que de acuerdo al contexto normativo vigente para el momento, el único soporte escritural que se debía dejar de esa decisión libre y voluntaria del demandante era el formulario de afiliación, y la prueba documental frente aquellos argumentos que acreditan la entrega de información surgieron con la obligación emanada en la circular 16 de Superintendencia Financiera del 2016 por tal motivo, mi representada no se encuentra en mejor posición probatoria que acredite la entrega de información.

Además, las figuras del deber de información, buen consejo, doble asesoría e incluso el deber de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores surgidas a partir de los

años 2010 y 2014 y para el momento que se afilió el demandante a SKANDIA nos encontramos en el año 2000 por tal razón tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las misma se pueden aplicar de manera retroactiva.

Téngase en cuenta también, lo manifestado por la juez en su fallo de que existen dos regímenes, de los cuales no se puede hablar de que realmente exista uno mejor que otro, sino que, cada uno tiene características diferentes específicas que se pueden ajustar a las necesidades de cada afiliado.

Es claro que el demandante se trasladó al RAIS buscando esos beneficios pues manifestó que se trasladó entre las AFP del RAIS buscando los rendimientos financieros que esta ofrecía. En el caso de que se decida dejar en firme la ineficacia de traslado, solicito que revoquen las condenas consecuenciales en contra de mi representada respecto a las cuotas de administración, pues es claro que mi representada generó buenos rendimientos frente a la cuenta de horro del afiliado con los que se superaron incluso los que le hubiera podido generar Colpensiones.

Todo esto en línea con lo expuesto por la Superintendencia financiera de Colombia en radicado 2019152169003 de 2020 donde hace referencia a la importante de respetar las restituciones mutuas en caso de ser declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional. Adicionalmente solicito se revoque en lo concerniente a la prima de seguro previsional, pues es un dinero que ya no se encuentra en mi representada y cumplieron con su fin y propósito toda vez que el de mandante estuvo cobijado de los riesgos de invalidez y la muerte durante su afiliación en SKANDIA, el servicio fue prestado, y no es posible para SKANDIA S.A. realizar la devolución de estos recursos.

En cuanto a la indexación, es doble sanción en contra de mi representada pues la sentencia ya señala que se deben regresar los rendimientos generados por el demandante y con esos rendimientos se compensaría la depreciación de la moneda de estos recursos que ordena la juez en su fallo a retornar, por tal motivo se solicita se revoque esta orden en contra de SKANDIA S.A.

Finalmente, referente a las costas, se considera que mi representada ha actuado de buena fe conforme a la normatividad legal vigente y consecuentemente debe ser revocada.

APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR apela la sentencia, argumentando que en cuanto al numeral primero que declara la ineficacia de la afiliación no existían razones para acceder a la misma, dado que de acuerdo al interrogatorio de parte que absolvió el demandante, si bien mi representada no hizo parte del acto jurídico que se ataca con este proceso, pues es el acto de afiliación primigenio, lo cierto es que sí se puede evidenciar de las afirmaciones del demandante que tenía conocimiento de estar efectuando en el caso de PORVENIR, un traslado de régimen de ahorro individual y por ende, se puede colegir que conocía las implicaciones del mismo.

También se encuentra en el expediente un formulario debidamente suscrito y firmado por el demandante que él reconoció lo firmó, y por ende más allá de lo documentado para la época en que se efectuó el traslado horizontal a mi representada, no existía ninguna otra obligación aparte de la información de carácter verbal que se le dio al mismo.

Motivo por el cual se recuerda que no podría obligarse a mi representada frente a normatividad que no estaba vigente para esta época. Teniendo en cuenta todo esto, la validez de la afiliación considero consecuentemente deberá ser revocada la condena consistente en que PORVENIR traslade los aportes que se recibieron con motivo de la afiliación del demandante.

Sin embargo, si eventualmente el Tribunal decide dejaren firme la ineficacia, se solicita que la condena consiste en trasladar las primas de seguros previsiones, los gastos de administración y aportes a garantía de pensión mínima de forma indexada, son gastos que se realizaron para prestar un servicio, las cuotas de administración se utilizaron para efectos de reinvertir estos dineros del demandante e incrementar lo contenido en la cuenta de ahorro individual, en todo caso, en beneficio del demandante.

Las sumas del seguro provisional se giran a un tercero que es una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y muerte y por ende no son sumas que tenga PORVENIR y que mucho menos descontó de forma antojadiza sino por un mandato legal.

En cuanto a la indexación, si bien lo que se está buscando con esta figura es resarcir el detrimento que va teniendo el dinero en el tiempo, este se vería compensado con los rendimientos que también se están ordenando a trasladar a Colpensiones. Entonces ordenar rendimientos más indexaciones implicaría una doble condena en contra de mi representada y un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Finalmente, se solicita se revoque la condena en costas, ya que PORVENIR siempre ha obrado de buena fe y de acuerdo a la prueba documental siempre se brindó información suficiente al demandante con el fin de que tomara una decisión informada.

3. DE LOS ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA:

Corrido el traslado para alegar en esta instancia, los apoderados judiciales del COLPENSIONES y SKANDIA S.A. allegaron escritos de alegación en los que anota resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DE COLPENSIONES.

Es improcedente el traslado de régimen en virtud del Artículo 2o Numeral E de la ley 797 de 2003.

Se debe tener en cuenta que, nuestro sistema legal no establece que se pueda imponer a una persona, en este caso a una Entidad, una carga económica por un daño antijurídico o un perjuicio que otro causó y frente al cual no tuvo ninguna posibilidad de evitarlo, por ende, no puede pretenderse que COLPENSIONES, sin haber tenido responsabilidad ni incidencia alguna en el traslado, máxime cuando no podía obligar a la afiliada a permanecer, asuma el pago de una pensión superior a la que puede otorgarse con el dinero existente en la cuenta de ahorro individual, es de indicar, que realmente quien sufriría los efectos de la ineficacia es COLPENSIONES, quien no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para la válida formación del consentimiento que ahora se pretende sea sancionado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado.

Finalmente, es necesario resaltar que no es plausible imponerle a la codemandada obligaciones y soportes de información por escrito que no fueron previstos por el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, este es, el Decreto 663 de 1993 por cuanto exigirlo deviene en una violación directa a los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

En caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, solicito tener en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708- 2021, SL 3710-2021- SL 3706- 2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, solicitando que se adicione que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación, se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos.

ALEGATOS SKANDIA S.A.

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

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

Sea lo primero aclarar que Skandia S.A., siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al R.A.I.S. Respecto a la información esta se entregó de manera verbal y personalizada por parte de Skandia S.A, en cumplimiento de todos los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación sin que en ningún momento se exigiera a mi representada documentar la información brindada por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que no existe documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría recibida por la actora , imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación según lo establecidos en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi mandante ha cumplido con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo durante el período de afiliación de la accionante, sin que pueda colegirse ni encontrarse probado una acción y omisión de esta que pueda conllevar a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional.

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

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

de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se disponga la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

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

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

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

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

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

Tramitado el proceso en legal forma y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la APELACIÓN y de la CONSULTA de la sentencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto en los art. 10 y 14 de la Ley 1149 de 2007 además de resolverse la apelación de SKANDIA S.A. y PORVENIR, se consultará la sentencia en favor de COLPENSIONES por haberle resultado adversa, por lo que, la legalidad del fallo será estudiada en su integridad.

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

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

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

1. Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a las afiliadas o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. primeramente, con un deber de información necesaria (en vigencia del decreto 663 de 1993), luego de asesoría y buen consejo (en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010), y finalmente de doble asesoría (en vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015)

2. La simple constancia del consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acredita un consentimiento, pero no que haya sido informado.
3. La carga de la prueba de demostrar que el afiliado recibió la información debida, veraz y suficiente cuando se afilió, le corresponde a la AFP.
4. El precedente de la CSJ en torno a la ineficacia del traslado no aplica sólo a los casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional, o contar con una expectativa pensional o derecho a la transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, sino en todos los casos de incumplimiento del deber de información.

En el presente asunto, está probado, que el actor, estando afiliado al RPM en el ISS hoy COLPENSIONES, según se observa en la historia laboral emitida por COLPENSIONES que milita a folios 57 a 62 del plenario (documento 12 del expediente digital) se afilió a la administradora del RAIS SKANDIA S.A. el 3 de marzo de 2000 como se advierte en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 61 del expediente (Documento 11 del expediente digital). Posteriormente efectuó traslado horizontal a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.,A., el 29 de abril de 2005 como se anota en el formulario de afiliación a dicho fondo que milita a folio 33 del expediente (Documento 14 del expediente digital)

De otra parte, en este caso, si bien el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por no contar para el 1º de abril de 1994 con 40 o más años de edad o 15 años de servicio, ello no es óbice para que la AFP SKANDIA S.A. en el año 2000 estuviera en la obligación de suministrarle la información clara, completa y oportuna respecto de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; sobre todo **cómo alcanzaría la pensión de vejez y de qué dependería su monto en el RAIS.**

Sobre el deber de información antes citado, escuchado el interrogatorio de parte que fue absuelto por el demandante, el cual se encuentra grabado a partir del minuto 00:19:30 del video de la audiencia de trámite y juzgamiento (documento 20 del expediente digital link primero), no se advierte que éste haya confesado que AFP SKANDIA S.A. le hubiese brindado toda la información, completa, clara y oportuna que se requería para materializar su afiliación al RAIS, pues no manifiesta que se le haya ilustrado sobre aspectos neurálgicos de los regímenes pensionales, como las características de uno y otro régimen pensional, los requisitos para acceder a las

prestaciones económicas en cada uno de ellos, la forma de liquidación de la mesada pensional en cada régimen, entre otros aspectos que resultan necesarios para considerarse que se otorgó una información completa, comprensible y suficiente.

Ahora, para probar dicha asesoría, no basta la firma del formulario con la inscripción preimpresa sobre que el traslado fue voluntario, sino que se requiere que se pruebe que en realidad esa voluntad obedeció al suministro de una debida asesoría, para acreditar que el traslado se realizó con pleno conocimiento informado, lo cual no probó la AFP, siendo su carga, como ya lo ha establecido la jurisprudencia especializada, por lo que habrá de confirmarse en esta instancia la decisión de la *a quo* de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en el año 2000 cuando se trasladó del RPM administrado en ese momento por el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP SKANDIA S.A.

De otra parte, en lo referente a las **sumas que deben ser devueltas** a COLPENSIONES, la orden impartida por el *a quo*, en principio se encuentra acorde con la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en dicha materia, sin embargo, no existe la debida precisión de los dineros a transferir, pues la juez no hizo mención a la devolución del porcentaje del reaseguro de Fogafin durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, por lo que se precisa en esta instancia, que PORVENIR S.A., debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional de la actora, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafin, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Así mismo SKANDIA S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafin durante el tiempo que legalmente se haya descontado de la cotización, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor, sin descuento de ninguna índole, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a estas AFP, pues al declararse la ineficacia del acto de traslado, **ningún efecto jurídico puede derivarse de este** y por tanto, deben reintegrarse a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido las AFP demandadas como cotización del demandante, como lo ha señalado de manera reiterada la SCL de la CSJ en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

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

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

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

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

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

Al tratarse de la declaratoria de un acto ineficaz que acarrea los mismos efectos de uno nulo, no es dable concebir, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración del bien, que dichas sumas queden por fuera de las restituciones, de un lado, porque se trata de rubros que pertenecen al régimen de prima media con prestación definida, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otro, porque es la indebida actuación por parte de la AFP demandada, al no proveer la información clara, completa y comprensible a través de sus asesores, la que acarrea como consecuencia, además del hecho de generar la declaratoria de ineficacia, que deban asumir con su patrimonio los perjuicios que se ocasionen a los afiliados y las sumas sufragadas a terceros, como lo son las aseguradoras previsionales, ello con

base en los artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Respecto de la afirmación que realiza la apoderada de COLPENSIONES en sus alegatos sobre la imposibilidad legal de traslado de régimen, derivada de la restricción temporal impuesta por el legislador 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, cuando le falten al afiliado menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, es palmario que tal prohibición, se aplica en los casos de traslado voluntario, que no es lo que solicitó el demandante, sino la ineficacia de su afiliación inicial al RAIS.

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

Ahora, respecto del argumento de la apelación de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. que la indexación no es procedente, por cuanto los dineros que fueron trasladados están indexados ya que no se trasladó únicamente los aportes que el demandante efectuó, sino que, estos estuvieron acompañados de los rendimientos financieros que a efectos prácticos hacen las veces de indexación, no le asiste razón por cuanto la indexación ordenada es respecto del porcentaje de la cotizaciones que no fue abonada a la cuenta de ahorro pensional del demandante, referido a los gastos o cuotas de administración, incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, rubros que no ganaron los rendimientos o intereses pues fueron apropiados por SKANDIA y PORVENIR S.A. o gastados para los pagos de las primas de seguros.

En lo concerniente al pedido en la apelación de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., que, sea revocada la condena en costas, se ha de manifestar que si bien es cierto el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, lo cierto es que no fue el actuar de PORVENIR S.A. el que genera la declaratoria de ineficacia del traslado, de régimen pensional, pus conforme a la jurisprudencia de la CSJ, lo que genera la ineficacia, es

la omisión en la asesoría en la primera afiliación al RAIS, que en este caso, se produjo a través de la SKANDIA S.A., por lo que a juicio de la Sala, PORVENIR S.A., no debe asumir las costas del procesales, por lo que se revocará la condena que le fue impuesta a las mismas, para en su lugar abstenerse de imponerle costas.

Respecto de SKANDIA S.A., se confirmará la condena en costas, por haber sido la AFP que por su omisión en la debida asesoría al demandante generó el presente litigio.

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

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.

Sin costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de julio de 2023 proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **ÓSCAR ALÍ CÁCERES GUZMÁN** contra **COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, en cuanto se condenó en costas a PORVENIR S.A., para en su lugar abstenerse e imponerle costas a esta AFP.

En lo demás se confirma el fallo de primera instancia, PRECISÁNDOLO en el sentido de que PORVENIR S.A., debe devolver a Colpensiones la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro pensional del actor, es decir las cotizaciones allí depositadas con sus rendimientos o intereses, así como indexados los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín,

y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el 100% del valor de las cotizaciones, sin descuento de ninguna índole.

Asimismo, SKANDIA S.A., deberá reintegrar a COLPENSIONES indexados, los gastos o cuotas de administración incluido el porcentaje de los seguros previsionales, reaseguro Fogafín, y fondo de garantía de pensión mínima, es decir el porcentaje de las cotizaciones, que no fue consignado en la cuenta de ahorro pensional del actor, sin descuento de ninguna índole.

Los conceptos que se ordenan a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES, deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: COSTAS Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. Las agencias en derecho, las estima el ponente en la suma de \$1.160.000.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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

Firmado Por:

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

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

John Jairo Acosta Perez

Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **a265c098378f527acea23c0faf06b4987b275b79fc6582b7eb2244bdcf5a3790**

Documento generado en 07/12/2023 03:10:12 PM

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