

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-009-2020-00137-01
RADICADO INTERNO	: 346-23
DECISIÓN	: REVOCA, ACLARA, Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 375

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación y el grado de consulta a favor de Colpensiones, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

Se reconoce personería a la Dra, LAURA VANESSA MURILLO MADRID, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado y por cumplir con los requisitos del artículo 75 y ss del C.G.P.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE que para todos los efectos legales siempre ha estado afiliada en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, y que esta no tuvo un consentimiento informado por parte de Protección S.A y se DECRETE la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad y se CONDENE a Protección S.A a devolver a Colpensiones el capital aportado por la afiliada mientras estuvo en dicha entidad incluyendo las cotizaciones de forma completa, los seguros previsionales, los bonos pensionales, rendimientos y los gastos de administración, y se ORDENE la reactivación en el régimen de prima media y se ORDENE a Colpensiones

realizar los trámites administrativos correspondientes para que reciba el capital y los dineros que se trasladen y se condene en costas a las demandadas.

Como supuestos facticos manifestó que adquirió la calidad de afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a través del Seguro Social la cual se hizo extensiva hasta el 01 de octubre de 1995 y que se trasladó el 01 de marzo del 2003 cuando se afilió a Protección S.A sin ningún tipo de asesoría, y que según proyección pensional la pensión en el régimen de prima media sería mucho más alta que en el régimen de ahorro individual.

Agrega que el engaño al cual fue sometida no solamente consistió en falsas promesas que le indicaron los vendedores de Protección, sino que se omitió informarle que el reconocimiento efectivo de su pensión estaba condicionada a contar con el capital suficiente y necesario por lo que concluye que no se le advirtieron de las consecuencias negativas del traslado, y que la consecuencia del engaño se refleja de manera palmaria en las diferencias abismales que representa el reconocimiento de la pensión en ambos regímenes.

RESPUESTA PROTECCION S.A

Esta entidad dio respuesta manifestando que es cierto que la demandante se afilió a dicha entidad pero que fue el 12 de septiembre de 1995, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal.

RESPUESTA COLPENSIONES

Esta entidad al dar respuesta manifestó que acepta que la demandante se afilió al régimen de prima media y que se traslado al RAIS en el año 2003, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones

y propuso como excepciones las de improcedencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen realizado por el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, prescripción, buena fe Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, innominada o genérica.

Por auto del 03 de mayo de 2023 (PDF 15), se ordenó vincular a Skandia S.A como litisconsorte necesario por pasiva al observar que la demandante también había estado afiliada a dicha entidad según el reporte SIAFP, allegado por Protección S.A en la contestación.

RESPUESTA SKANDIA S.A

Una vez notificada esta entidad la misma dio respuesta en la cual no acepta ninguno de los hechos de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, cobro de no lo debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 26 de octubre de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM al RAIS que realizó la señora MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA, y DECLARÓ que ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

CONDENÓ a la AFP PROTECCIÓN S.A y LA AFP SKANDIA S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, y los bonos pensiones si se hubieren redimido. Y que con cargo a sus propios recursos deberán trasladar con indexación, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, y precisó que, al momento de cumplirse estas órdenes, 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.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de la AFP PROTECCIÓN S.A. y de la AFP SKANDIA S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados.

CONDENÓ en costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP SKANDIA S.A. a favor de la demandante, y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.320.000 que deberán ser asumidos a prorrata por cada una de las entidades, y no condenó en costas a COLPENSIONES.

IMPUGNACION

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte demandada Skandia S.A interpuso recurso de apelación manifestando en síntesis que se debe revocar la sentencia respecto a las condenas impuestas contra dicha entidad; en primer lugar indica que la afiliación de la demandante en el año 1996 fue válida y estuvo precedida de una asesoría pertinente y necesaria; que además en el presente caso no se dan los supuestos para que se declare la ineficacia de la afiliación de la demandante, y por el contrario, se evidencia que la misma durante todos estos años de vinculación tuvo las posibilidades de conocer las características y condiciones del régimen, y adicionalmente, y en cumplimiento de las disposiciones legales para la afiliación Skandia siguió tales lineamientos, sin dejar de lado que el formulario era la única prueba o soporte que debía guardar la AFP para el momento de la afiliación, toda vez que fue solo hasta el año 2016 que la Superfinanciera exige a los fondos guardar soportes adicionales:

Agrega que para la data de la afiliación no existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión, así como tampoco se podía exigir el deber de asesoría y buen consejo teniendo en cuenta que de conformidad con el momento histórico estas cargas fueron impuestas posteriormente a la fecha de la afiliación y segundo porque la AFP Skandia no fue el administradora que dio origen al traslado de régimen sino la AFP Protección, y que por lo tanto, las obligaciones que se reprochan de dicha entidad fueron impuestas posteriormente por lo que las declaraciones y condenas desconocen el principio de irretroactividad y de la seguridad jurídica.

Menciona que además es cierto que existe línea jurisprudencial sobre la eficacia, pero la misma Corte ha aclarado que esta resulta aplicable de manera diferenciada según los supuestos fácticos de los que se exige una similitud que para el presente caso no se dan.

Por lo anterior solicita que se revoque las condenas particularmente la de retornar los gastos de administración contenidos en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, incluso porque dentro del periodo de la afiliación de la demandante, la AFP cumplió con la obligación de administrar y tener los aseguramientos de invalidez y muerte, los cuales fueron debidamente invertidos como lo establece la ley, y que por lo tanto insiste en que la Superfinanciera ha indicado que en estos casos deben de respetarse la restituciones mutuas que se han realizado, y que por lo tanto, no se deben de trasladar las primas de seguros ni las comisiones de cuotas de administración pues indica que estas han sido utilizadas para generar rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Añade que las primas de seguros provisionales ya no están en su poder sino en poder de las compañías aseguradoras que se contrataron para las coberturas de los posibles siniestros, y además considera que debe revocarse la condena de retornar las cotizaciones y los emolumentos de la cuenta de ahorro individual del numeral segundo de la sentencia pues indica que debe tenerse en cuenta que en este momento la afiliada es una egresada para Skandia y los dineros de la cuenta de ahorro individual ya fueron trasladados oportunamente a Protección cómo se acreditó en el proceso en la contestación a la demanda.

Además en lo que respecta a devolver rendimientos y gastos de administración se aparta de esta condena pues indica que no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que la consecuencia de aplicar estas figuras es que el negocio no se ha celebrado jamás, y en ese sentido, se tiene que los frutos dados por la administración de los recursos por parte de la entidad tampoco se habían generado, insistiendo que los rendimientos junto con los valores de la cuenta de ahorro ya fueron remitidos a Protección, y que en todo caso tampoco debe condenarse al traslado de los rendimientos y la indexación ya que si lo que se busca es reponer el detrimento este se ha visto ya resarcido a efectos de una restituciones mutuas con los rendimientos.

Solicita además se revoque la condena en costas por haber actuado de buena fe y aplicando normas legales y vigentes para la época, sumado a que no fue la AFP que dio origen al traslado de régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Skandia S.A indica que dicha entidad cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido para la fecha de la afiliación y/o traslado de régimen pensional de la demandante pues la misma 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 indica que 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 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.

En caso de que se confirme la decisión con respecto a los efectos de la ineficacia indica que no debe ordenarse la devolución de los conceptos deducidos por gastos de administración y seguros previsionales. En lo demás reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Colpensiones indica que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

Y es que la inercia probatoria no debe privilegiarse bajo el argumento de que cualquier manifestación concerniente a no haber recibido información corresponde a negación indefinida, de una parte, porque en estrictez no es así, ya que de acuerdo como se expuso en párrafos precedentes, se trata de

hechos concretos, limitados en el tiempo, modo y lugar, elementos que además se encuentran documentados en el formulario de afiliación; de otra, porque es al juez, con apego en la autonomía judicial y salvaguardando el derecho a la prueba de los sujetos procesales, a quien en cada caso concreto le corresponde verificar la imposibilidad de las partes para acreditar su propuesta demandatoria.

Agrega que el afiliado de la seguridad social no se halla ante una imposibilidad probatoria, porque la experiencia ha enseñado que en los juicios en los que se ha deprecado ineficacia de traslado de régimen pensional, con antelación al año 2019, los demandantes acudían con testigos o hacían sus esfuerzos probatorios en aras de satisfacer la carga que les correspondía, y, aun así, en forma mayoritaria, obtenían el pretendido traslado; luego, no se trata de hechos imposibles.

Que, por lo anterior, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que como viene de manifestarse, no ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga estática de la prueba.

Que el acogimiento expreso o tácito de las etapas determinadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atinentes a establecer el contenido mínimo y alcance del deber de información, deriva en la asunción por parte del juzgador para definir el caso concreto, en pautas que determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, debido a que el modelo fijado por la alta corporación se torna inalcanzable, en la práctica, irrealizable, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales de la época y que a lo sumo es con lo que cuentan las AFP, deja sin opciones de defensa a las entidades demandadas, puesto que se produce un desbalance en las cargas probatorias, que deriva, ahí sí, en imposibilidad demostrativa para el extremo pasivo, con el agravante de que queda a merced de lo que el actor a bien tenga decir.

Indica además que no se cumplen los periodos de carencia establecidos en la ley 100 de 1993, y se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

En caso de que se confirme la ineficacia solicita 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, y 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.

Por último, en el evento en que se opte por acceder a las pretensiones de la demanda, solicita que se ordene a las Administradoras del régimen de ahorro individual, para que, a favor de Colpensiones, realice la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en consulta a favor de Colpensiones: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si hay lugar a trasladar, los dineros de la cuenta de ahorro individual, las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora tales como la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima y si las mismas deben trasladarse de forma indexada, y si debe condenarse en costas a Skandia S.A.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante nació el 07 de agosto de 1967, (fls 10 del PDF 02) se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 02 de junio de 1990, (fls 11 PDF 05), y se trasladó a la AFP Protección S.A de forma efectiva a partir del 01 de octubre de 1995, y a Skandia S.A a partir del 01 de septiembre de 1996, y nuevamente a Protección S.A desde el 01 de marzo de 2001, (fls 71 PDF 14).

Descendiendo al caso particular, se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por la accionante, no se evidencia confesión alguna, pues esta indicó que se afilió a Protección S.A en el año 1995 porque era vos populi que el seguro social se iba a acabar y se vio obligada a escoger un fondo de pensiones y uno de los gerentes donde trabajaba para la época les dijo que se debían pasar para no quedar desprotegidos de la pensión y los pasaron para

protección a todo el equipo de trabajo, que nunca los visitó ningún asesor de protección, que todo fue por vía telefónica y que ella del formulario solo llenó la parte que le correspondía, que luego se pasó a Skandia y en el 2001 regresa a Protección porque el empleador los movía de fondo de pensiones. Que nunca le hablaron del concepto de bono pensional, ni de la heredabilidad de los aportes. Que se dio cuenta que estuvo en Skandia solo cuando pidió el historial de pensiones.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**” (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional de información que existe desde 1994, esto es permitir al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”

Criterio este que ha sido reiterado entre otras en las sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, y CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición, criterio este reiterado en reciente sentencia con radicado SL 932 de 2023.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611,

2877 y 4811 de 2020, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL1618-2022, CSJ SL2929-2022 y CSJ SL2484-2022).

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Protección S.A no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse a dicha entidad **en el año 1995**, sin que le haya dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que el traslado realizado por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, **son imprescriptibles** y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad accionada, hoy aporte, historial de vinculaciones, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos, historia laboral, formulario de afiliación; lo que lleva a concluir que, al momento de afiliarse al RAIS, **no le dieron una información completa y suficiente**.

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia del traslado; y confirmar la orden dada de trasladar a los aportes efectuados por la parte demandante, incluidos los frutos, rendimientos e intereses.

2. De los efectos de la ineficacia

Esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia del traslado corresponde a los siguientes:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”*, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial

o al mencionado traslado al RAIS, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de una prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente*

indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Conceptos que **no prescriben** teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. (SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL1949-2021, y CSJ SL 4063 de 2021).

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al Régimen de Prima Media bajo los lineamientos del artículo **7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016**; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, al señalar: *“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019,*

CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021).
Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021)."

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el principio de sostenibilidad financiera no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

"Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas."

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ACLARA** la sentencia, en el sentido que, SOLO en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A y SKANDIA S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver por dicha entidad a **Colpensiones** debidamente indexados.

En lo que respecta a la orden dada a PROTECCION S.A Y A SKANDIA S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 60 años, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención del bono (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se MODIFICARÁ, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido redimido, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

Ahora, se observa igualmente que en la sentencia de primera instancia se ordenó tanto a Protección S.A como a Skandia S.A que trasladaran a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, sin embargo, se precisa que de conformidad con lo establecido en el artículo 07 del decreto 3995 de 2008, cuando existe traslado entre fondos es deber de las AFP trasladar a la AFP de destino todos los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado, tal y como lo hizo Skandia S.A al momento en que la afiliada se trasladó de dicha entidad a Protección S.A en el año 2001 según documento visible en el folio 46 del PDF 19.

Por lo mencionado deberá REVOCARSE la sentencia de primera instancia que ordenó a Skandia S.A a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses.

Respecto al reproche de la no condena en costas a Skandia S.A precisa la Sala que dicha petición no tiene vocación de prosperidad en la medida que según el numeral 01 del artículo 365 del C.G.P, debe ser condenado en costas a quien sea vencido en el proceso como lo es para el presente caso Skandia S.A.

Costas en esta instancia a cargo de Skandia S.A en la suma de \$580.000 por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

Por lo mencionado lo legal y pertinente será, REVOCAR, ACLARAR Y CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que, solo en caso de que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para pagos de reaseguros del Fogafin por parte de PROTECCION S.A y SKANDIA S.A, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a **Colpensiones** debidamente indexados, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR la orden dada a PROTECCION S.A y a SKANDIA S.A de devolver el bono pensional, indicando que, en el eventual caso, de que dicho bono ya haya sido redimido, **se ORDENA** a PROTECCION S.A. que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

TERCERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, que ordenó a SKANDIA S.A a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se CONFIRMA la sentencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Skandia S.A en la suma de \$580.000 por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-009-2020-00137-01
Radicado Interno 346-23



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

DEMANDANTE	: MARÍA LUCELLY CARDONA OSPINA
DEMANDADO	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, SKANDIA S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-009-2020-00137-01
RADICADO INTERNO	: 346-23
DECISIÓN	: REVOCA, ACLARA, Y CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

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. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 14 de diciembre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de diciembre de 2023 a la 5:00pm



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO