



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Maribel Sol de Rojas
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual Hoy Skandia S.A.
RADICADO	05-001-31-05-018-2017-00211
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **140** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **MARIBEL SOL DE ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **OLD MUTUAL** hoy **SKANDÍA PENSIONES Y CESANTÍA**, y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-018-2017-00211**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **PALACIOS CONSULTORES S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **ADRIANA DEL ROSARIO OCAMPO MAYA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 32.141.257 y portadora de la tarjeta profesional N° 135.035 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se ordene a COLPENSIONES, a corregir la historia laboral cargando las semanas cotizadas por los empleadores Instituto Pedro Justo Berrío y la Universidad Pontificia Bolivariana, durante el período comprendido entre el 15 de febrero de 1996 y abril de 1999.

De igual forma, se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación realizadas a los fondos privados, por falta del deber objetivo de información. Y como consecuencia, se ordene a los fondos transferir el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional a Colpensiones.

Y, que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS:**

Fundamenta sus pretensiones, indicando que nació el 31 de mayo de 1965. Que se afilió al ISS el 15 de febrero de 1996, y acumuló 152 semanas, hasta el 30 de abril de 1999. Que, conforme al certificado expedido por el Instituto Salesiano Pedro Justo Berrío, los meses de febrero y marzo de 1996, fueron cotizados por error con otro número de identificación, y también existió un error en su nombre. Que, también efectuó cotizaciones con la Universidad Pontificia Bolivariana del 18 de junio de 1996 al mes de abril de 1999. Que solicitó la corrección de historia laboral, en donde le contestaron que darían respuesta dentro de un plazo que vencía el 2 de agosto de 2016. Que interpuso acción de tutela, la cual salió a su favor para que se le diera respuesta de la solicitud de corrección de historia laboral, la cual fue contestada manifestándole que no se encontró información de aportes ni novedades laborales por lo que no se generaría corrección de la historia laboral. Que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., el 1° de mayo de 1999, y posteriormente al 1° de diciembre de 2011 con OLD MUTUAL. Que en el RAIS ha alcanzado un total de 857.1 semanas. Que no recibió la asesoría al llegar a los 47 años de edad. Que solicitó la proyección pensional a OLD MUTUAL, el cual le manifestó que no alcanzaría el capital y se pensionaría con la garantía de pensión mínima. Y que solicitó el traslado a Colpensiones, el cual fue desfavorable.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante. Que no le consta lo relacionado con las cotizaciones. Que es cierto los traslados a los fondos privados, pero no le consta lo indicado por estas entidades. Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento. Que no le consta lo relacionado en la historia laboral, por lo que se atiene a lo relacionado en la historia laboral extraída del sistema interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Que no le consta la reclamación de las semanas cotizadas a Colpensiones. Que es cierto el traslado efectuado por la demandante, pero no le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la asesoría ofrecida por PORVENIR S.A. Que la asesoría brindada fue integral y completa respecto a todas las implicaciones de la decisión, informándole las ventajas y desventajas entre ambos regímenes. Que es cierto la solicitud elevada a este fondo, pero se atiene a lo que se desprende de dicha petición. Y que algunos hechos son apreciaciones subjetivas realizadas por la parte actora. Se opuso a las pretensiones que iban dirigidas en su contra. Y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expuso que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al ISS, como tampoco las semanas cotizadas ni los vínculos laborales. Que solo puede acreditar las semanas cotizadas en este fondo privado. Que no le constan los hechos dirigidos en contra de Colpensiones. Que es cierta la afiliación realizada el 21 de abril de 1999, y su posterior traslado el 14 de octubre de 2011 a OLD MUTUAL hoy SKANDIA. Que no le constan las semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Que a la demandante si se le brindó una asesoría, y además también fue asesorada por los promotores de OLD MUTUAL. Y que no le constan los hechos dirigidos en contra de OLD MUTUAL, por ser un tercero ajeno. Frente a algunas pretensiones no se pronunció por no ir dirigidas en contra de ellos, y frente a las demás se opuso, y planteó varias excepciones de fondo.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 22 de octubre de 2021, el Juzgado Decimoctavo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., y por ende su posterior traslado entre administradoras, como argumento de su decisión, expuso que no fue probado por parte de los fondos privados el deber de información, de manera clara, completa y veraz de las implicaciones del traslado, y por tal razón, no puede catalogarse como un traslado libre, voluntario e informado.

ORDENÓ a OLD MUTAUL hoy SKANDIA S.A. a efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, sumas adicionales de las aseguradoras y cuotas de administración, a COLPENSIONES.

ORDENÓ a PORVENIR S.A. al traslado inmediato con destino a COLPENSIONES, el valor de las cuotas de administración entre el 1° de julio de 1999 al 30 de noviembre de 2000, por la afiliación de la actora.

ORDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir las sumas mencionadas y continuar como su administradora de pensiones.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a realizar corrección de la historia laboral de la demandante, acreditando las semanas cotizadas por los empleadores INSTITUTO SALESIANO PEDRO JUSTO BERRIO entre el mes de febrero a diciembre de 1996 y respecto la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIA entre el junio del 1996 a abril de 1999, e incorporar en la historia laboral dichos períodos.

DECLARÓ infundadas las excepciones de prescripción.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a las demandadas.

- **APELACIÓN:**

- ✓ **PORVENIR S.A.:**

Presentó su recurso de apelación parcial, expresando que no deben proceder la condena por los gastos de administración, toda vez que inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, advierte que se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, y además no forman parte de la pensión de vejez y por tal razón están sujetos al término de la prescripción. Que, al ordenar la devolución de este concepto, se constituye en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Que solo deben ser trasladado los dineros que menciona el artículo 113 de la ley 100 de 1993, que es el que señala que conceptos se deben trasladar cuando haya un traslado de régimen pensional, es tan solo el saldo de la cuenta individual con sus rendimientos, y no los gastos de administración que fueron los que ayudaron a incrementar el valor de la cuenta individual. Y que, de ordenarse el traslado de la misma, también se debe condenar a la parte actora, a restituir los frutos financieros, teniendo en cuenta la figura de las restituciones mutuas.

- ✓ **COLPENSIONES:**

Presentó su recurso de apelación parcial, manifestando que se debe revocar las costas impuestas, ya que Colpensiones, no fue vencido en el proceso, sino que solo se le dio una orden de recibir a la demandante de nuevo en el régimen de prima media e incluso frente a la actualización de la historia laboral, ya que no tuvo la oportunidad de pronunciarse, pues no existió una reclamación administrativa, teniendo en cuenta que la orden fue posterior a la declaración de ineficacia realizada por la juez.

- ✓ **SKANDIA S.A.:**

En su recurso de apelación, manifestó que no esta de acuerdo con las deducciones de las comisiones de administración, ya que están respaldadas por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y no solo respalda la gestión administrativa que realiza la APF, sino también garantiza esos altos rendimientos que se generan el fondo privado y que no se generan el RPM, y ordenar la devolución de estos dineros no iría en contravía de esta figura sino también significaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

De igual forma, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ SKANDIA S.A.:

Una vez transcurrido el término para alegar, este fondo privado manifiesta que no está de acuerdo a la ineficacia declarada, manifestado que dicha vinculación goza de presunción de validez, toda vez que el fondo cumplió con su deber legal de ofrecer una asesoría integral, transparente y completa respecto de las características propias de los regímenes que componen el Sistema General de Pensiones en Colombia, las ventajas y desventajas de cada uno. Que en ningún momento se le omitió información, ni mucho menos se le suministró información errada, ni tampoco se le omitió algún aspecto del traslado y menos se le presionó o constriñó para que tomara la decisión de afiliarse al fondo privado. Que se dio estricto cumplimiento al deber legal de información, y máxime si se tiene en cuenta que el traslado efectuado por la demandante entre administradores de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual. Que las deducciones realizadas por el fondo privado, encuentra pleno sustento jurisprudencial y legal, específicamente en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual de la demandante, se dieron por la buena gestión realizada por la sociedad administradora de pensiones, la cual no puede desconocerse. Y que al dejar sin efecto el traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual solo estaría obligada a devolver el monto equivalente a los aportes y la comisión de administración, pero no los rendimientos financieros.

- ✓ COLPENSIONES:

En sus alegatos de conclusión, expuso que se debe revocar la sentencia de primera instancia, ya que es improcedente autorizar el traslado del Régimen de Ahorro Individual al del Régimen del Prima Media administrado por COLPENSIONES, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Que se debe tener en cuenta que se está en presencia de una situación fáctica y jurídica ajena a Colpensiones, cuyo actuar siempre estuvo ajustado a derecho y el traslado de régimen no le es imputable, sino a decisión y voluntad de la demandante, el cual pudo acudir a Colpensiones y no lo hizo. Y en caso de confirmarse la decisión, se deberá confirmar la devolución de las cuotas de administración y se deberá adicionar la indexación.

✓ PORVENIR S.A.

Presentó su recurso de apelación manifestando que no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del fondo privado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento público que, no tachado de falso, en donde consta que se firma de forma libre, espontánea y sin presiones, el cual era un requerimiento legal. Que a la demandante siempre se le garantizó su derecho de retracto y esta nunca hizo uso de él, por lo que debe valorarse como una negligencia de la parte actora. Que no se puede desconocer la autonomía de la voluntad que, contada la parte demandante, a la cual le suministró la debida información al momento de la vinculación, y que con su aceptación se puede concluir que la intención era la de pertenecer al régimen de ahorro individual, pues nunca demostró interés por conocer los aspectos importantes de ésta. Que no debe proceder la devolución de los gastos de administración por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 100 de 1993, y además que estos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez, y están sujetos al fenómeno de la prescripción, y en el caso de ordenar los mismos se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Por lo que solicita revocar la sentencia en su integridad.

CONSIDERACIONES

Los **problemas jurídicos** a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora MARIBEL SOL DE ROJAS a PORVENIR S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; **ii)** consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; **iii)** la devolución o no del bono pensional; **iv)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; **v)** la orden dada a Colpensiones para la corrección de la historia laboral de la actora; y **vi)** la condena en costas a Colpensiones.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Si bien los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,
- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se

efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que, para la época del traslado en el año 1999, se encontraba laborando para la Pontificia Bolivariana. Que a su lugar de trabajo en el centro de lenguas llegó una asesora de PORVENIR S.A., en donde estaban varios docentes, y les comenzó hablar de la situación pensional, por lo que los pasaron a un salón de reuniones, en donde les dijo que dicho fondo era el que se iba a encarga de las pensiones de colombianos, debido a que el gobierno iba a acabar el Seguro Social. Que solo iba haber un plazo para realizar ese traslado, y que los fondo no recibirían a mas personas. Que la asesora le dijo que por ser su situación ser distinta a los demás por ser extranjera, debía realizar ese traslado para que no quedara a la deriva. Que les mencionaron dos beneficios, que se pensionarían cuando quisieran, y no le dijo que tenían que tener un capital, y el otro, era que en caso de llegar a fallecer la pensión les quedaría a los hijos. Que no le hablaron del derecho de retracto ni los rendimientos que podrían generar, como tampoco del cobro de los seguros. Que no le explicaron sobre el bono pensional y tampoco tenía conocimiento de esto, como tampoco que

podía realizar aportes voluntarios. Que al sentirse muy abandonada por PORVENIR S.A. decidió pasarse a OLD MUTUAL S.A. en diciembre de 2011, en donde les enseñó la carta enviada por PORVENIR S.A., la cual le informaba que le faltaban menos de 10 años para pensionarse, manifestándole la asesora que no había ningún problema y que no le pusiera atención a esa situación. Que la asesora de OLD MUTUAL nunca le manifestó nada al respecto del capital que debía tener, solo le hizo firmar el formulario para llevarlo a la ofician principal. Y que se quiere trasladar a COLPENSIONES, para tener una vejez digna y a raíz del engaño de las administradoras privadas.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por la primera administradora PORVENIR S.A. como tampoco por SKANDIA S.A., toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visibles en el PDF 18 de folio 20 y PDF 20 de folio 1 del expediente digitalizado, respectivamente, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por la demandante, que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara los formularios de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

También es importante advertir, que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS de la actora fue el 21 de abril de 1999, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Debe señalarse, que la actora realizó traslados entre varios fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

Se tiene entonces que, PORVENIR S.A. como primer fondo al cual se trasladó la demandante, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada

al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados:

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto no produzca ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993*

consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”, sin que sea de recibo por parte de esta Sala el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, además de lo ordenado por la juez a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.**, también deberá devolver lo correspondiente a

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

⁶ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷ Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

la **prima de reaseguro de Fogafín**, la cual, junto con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y las cuotas de administración, ya ordenados, deberán ser todos estos conceptos debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, así como lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** incluir en los valores por entregar a COLPENSIONES, estos conceptos

Asimismo, como la presente sentencia está siendo revisada en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, es necesario advertir que **PORVENIR S.A.**, al ser la primera administradora a la que se trasladó la actora, deberá devolver a COLPENSIONES además de lo ordenado por la juez, lo correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín** y los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, estos conceptos junto con las cuotas de administración ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, **por el lapso de tiempo** en que la actora permaneció allí, debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

iii. Bono pensional.

En lo que respecta a la orden dada por la juez a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. de la devolución del **BONO PENSIONAL** a COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, el bono pensional se redimiría el 31 de mayo de 2025, cuando la actora cumpla 60 años de edad, y dado que, en la actualidad se desconoce si este ha sido recibido por OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.,

lo procedente no es su traslado a COLPENSIONES, sino la restitución del bono a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación, por lo que en este aspecto se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera insoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

v. Corrección de la historia laboral de la parte actora.

En lo que respecta a este tema, el cual esta siendo revisado en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala después de verificada toda la prueba documental, como son: la solicitud de vinculación a pensiones por parte del Instituto Pedro Justo Berrio en el año de 1996, las certificaciones expedidas por este mismo instituto, las planillas de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral realizadas tanto por el Instituto Pedro Justo Berrio como por la Universidad Pontificia Bolivariana; observa que efectivamente se presentan inconsistencias en la historia laboral de la demandante, tal y como lo señaló la juez de primera instancia, por tal razón, no hay duda alguna que se deban efectuar por parte de COLPENSIONES las correcciones a la historia laboral de la señora MARIBEL SOL DE ROJAS, por los períodos cotizados con el INSTITUTO PEDRO JUSTO BERRIO y la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIA. Por lo que se **CONFIRMARÁ** la sentencia en tal aspecto.

vi. Costas procesales impuestas a Colpensiones.

En relación a las **COSTAS PROCESALES** a cargo de COLPENSIONES, debe indicar la Sala que en este caso en particular, si serán procedentes las mismas, toda vez que, si bien el origen de la discusión se da en razón de la conducta de PORVENIR S.A., administradora del RAIS contra quien fue dirigida la pretensión principal de traslado, siendo COLPENSIONES, convocado al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia, reciba los valores devueltos por el fondo privado, de igual forma, también existió la pretensión referente a la corrección de la historia laboral y actualización de datos, que había elevado la accionante a dicho fondo, resolviéndose de forma negativa por parte de Colpensiones, y por tal razón, con la prueba aportada al expediente se logra probar que la actora tiene derecho a dicha corrección, debiéndose tener a COLPENSIONES como un vencido en juicio, por lo que se deberá **CONFIRMAR** la condena en costas procesales impuestas en primera instancia, aclarando que no se origina por la ineficacia de traslado, sino por la pretensión de corrección de historia laboral, como claramente lo expuso la juez.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ, REVOCARÁ y CONFIRMARÁ** la sentencia revisada por vía de apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, por no salir favorable el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, dividido en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, la ***prima de reaseguro de Fogafín***, la cual, junto con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y las cuotas de administración, ya ordenados, debidamente ***indexados***, con cargo a sus propios recursos, así como lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia, y se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.**, como primer fondo privado que recibió a la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, lo correspondiente a la ***prima de reaseguro de Fogafín*** y los ***seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes***, estos conceptos junto con las cuotas de administración ya ordenadas, deberán ser debidamente ***indexados***, con cargo a sus propios recursos, ***por el lapso de tiempo en que la actora permaneció allí.***

CUARTO: Se **REVOCA** la orden dada a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.**, respecto a la devolución del bono pensional, conforme se dijo en la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: Las costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Rdo. 05-001-31-05-018-2017-00211
SA 307-21

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Maribel Sol de Rojas
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual Hoy Skandia S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 018-2017-00211
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> 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 28 de junio de 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de junio de 2021 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO