



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Andrés Duque Uribe
DEMANDADO	Old Mutual hoy Skandia, Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-022-2019-00080
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca, adiciona 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 **150** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ANDRÉS DUQUE URIBE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCION S.A.**, con radicado **05-001-31-05-022-2019-00080**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, obrando en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **PALACIO 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. **MARYA ASTRID GIRALDO ZULUAGA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.456.383, y portadora de la tarjeta profesional N° 190.179 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare que el traslado al RAIS esta viciado de nulidad o ineficacia, por haber incurrido la AFP PORTECCIÓN S.A. en violación al deber de información, por lo que se debe tener como afiliado al RPM, siendo competente Colpensiones para reconocer la pensión.

Como consecuencia, se condene a OLD MUTUAL a trasladarlo al RPM, además de los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con la totalidad de rendimientos a COLPENSIONES, debiendo esta última entidad recibirlos. Y que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones indica que nació el 16 de enero de 1958. Que se afilió al ISS en el año de 1981. Que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año de 1994, por las manifestaciones insistentes de un asesor del fondo, que les manifestó que el fondo privado era mucho mejor que el ISS y que este se iba a acabar. Que posteriormente se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. sin existir una adecuada asesoría. Que al darse cuenta en las condiciones que se pensionaría decidió trasladarse al ISS hoy Colpensiones, entidad que le negó la solicitud. Que gozaría de una mejor pensión en el RPM. Que OLD MUTUAL le entregó un cálculo actuarial en donde se pensionaría con mucho menos valor que en el RPM. Y que los fondos privados incumplieron su deber legal de información.

- **CONTESTACIONES:**

✓ OLD MUTUAL hoy SKANDIA:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación al ISS. Que no le consta el traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A. ni la asesoría brindada. Que, en la asesoría brindada por este fondo, se le informaron de las ventajas y desventajas, características del RAIS, y se le hizo un análisis de la situación pensional para dicho momento. Que el demandante, ya tenía conocimiento del RAIS, toda vez que venía de otro fondo privado. Que no le consta el cálculo pensional adjuntado con la demanda. Que en la proyección dada por la entidad se indican valores distintos a los dados por el demandante. Y que el demandante si fue informado de

manera cierta, suficiente y oportuna. Se opuso a las pretensiones. Y propuso varias excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda señaló que, no es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al ISS. Que no es cierto que al demandante no se le haya proporcionado una correcta información, ya que esta fue clara, comprensible y objetiva, manifestándole todas las características del RAIS. Que no es cierto que se le haya manifestado insistentemente que se trasladara. Que no es cierto que se le haya indicado que este fondo era mejor que el RPM. Que tampoco se le expresó que el ISS se iba a acabar. Que no le consta el traslado efectuado a otra administradora privada. Que no le constan las proyecciones efectuadas al demandante. Y que no es cierto que se haya faltado al deber legal de información. Se opuso solo a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y planteó varias excepciones de mérito.

✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento y la afiliación a este fondo. Y que no le constan los hechos que van dirigidos contra otras entidades. Se opuso a las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 17 de agosto de 2021, el Juzgado Vigésimoquinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficaz del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 1° de diciembre de 1994 por el demandante.

Como argumento de la decisión, señaló que el actor no fue debidamente informado de una manera veraz, completa, suficiente y oportuna sobre las implicaciones que le acarrearía el traslado de régimen en el caso en particular, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, no aportando los fondos privados prueba del cumplimiento de dicha obligación o con el deber de información y del buen consejo.

En consecuencia, **CONDENÓ** a las demandadas a trasladar el monto del capital ahorrado por el actor, desde el 1° de diciembre de 1994 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus rendimientos financieros a COLPENSIONES.

CONDENÓ a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas, que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, que se hubiesen podido generar por el período durante el cual el accionante ha permanecido afiliado a dicho Fondo, esto es, entre el 1° de octubre de 2007 y hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo.

CONDENÓ a **PROTECCIÓN S.A.** responderá ante COLPENSIONES por los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora mientras el demandante estuvo afiliado, entre el 1° de diciembre de 1994 y el 30 de septiembre de 2007.

CONDENÓ a las demandadas a que las sumas trasladadas sean indexadas al momento de su depósito efectivo en COLPENSIONES.

ADVIRTIÓ que, si las sumas de todos los valores y conceptos que se ordenaron trasladar resultaren inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiere permanecido en el RPM, será la AFP aquí demandadas quienes asuman la diferencia que resultare en proporción a los tiempos de afiliación del demandante.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir de las demandadas todos los valores aludidos y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante.

DECLARÓ no prospera la excepción de prescripción.

Y, **CONDENÓ** en costas a OLD MUTUAL hoy SKANDIA y PROTECCIÓN S.A.

- **APELACIÓN:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Presentó el recurso de apelación parcial, manifestando que no está de acuerdo con devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora que se descontaron durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a este fondo. Que estos conceptos fueron comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante. Que fueron unos descuentos realizados conforme a la ley. Que si se efectuó una buena administración de dichos dineros. Que al devolver los mismos se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, por recibir un concepto que no está destinado a financiar la pensión de vejez, y se estaría recibiendo un dinero por un capital que nunca administró, y adicionalmente ya se realizaron todos los traslados de los dineros a la otra administradora, incluyendo lo descontado para garantía de pensión mínima. Que los rendimientos que se generaron por la administración de la cuenta deben ser conservados como restituciones mutuas. Que, si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva a su estado anterior, en estricto sentido no se tendría que devolver los rendimientos que produjo la cuenta del actor y tampoco el cobro por comisión de administración. Que tampoco se pueden devolver los seguros previsionales, pues estos fueron girados a una aseguradora que, en caso de existir un siniestro, pagara esta suma adicional, siendo esta aseguradora un tercero de buena fe. Y que para estos conceptos opera el fenómeno de la prescripción, ya que se descuentan en la periodicidad que impone la ley y no financian la prestación económica de vejez.

- ✓ SKANDIA S.A.:

Interpuso recurso de apelación parcial, dirigido a la condena de devolver conceptos de cuotas o gastos de administración indexado, toda vez que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, la ley faculta descontar estos conceptos.

Que, si bien todo giró en torno a la ineficacia de la afiliación, y la consecuencia es el regreso automático de las cosas al estado inicial, corresponde al juez hacer un estudio de los conceptos de restituciones mutuas, confianza legítima y buena fe que ostenta el fondo privado, ya que durante el tiempo en que administró la cuenta individual, el fondo ha actuado de buena fe. Que la comisión de administración no es del afiliado y no está destinada a la financiación de la pensión de vejez, por lo que ordenar este porcentaje de administración es generar un enriquecimiento sin justa causa y pago de lo no debido a favor de Colpensiones. Que con las pruebas documentales quedó acreditado que se cumplió la generación de una rentabilidad mínima que se exige, y no resulta reintegrar un dinero cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones legales, se cumplió con todo. Que en el fallo se hace una precisión que las sumas deben ser indexadas, y conforme al artículo 101 de la ley 100 de 1993, ya se obtuvieron unos rendimientos mínimos, por lo que no puede ser indexadas dichas sumas de dinero, pues resulta incompatibles con los rendimientos generados. Y que, si no se generó una afectación económica al actor, ordenar al fondo que devuelva estos conceptos ya descontados, sería un perjuicio económico para el fondo privado.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a Colpensiones.

- **ALEGATOS:**

Una vez transcurrido el término para alegar, ninguna de las partes hizo uso del mismo.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será **i)** determinar si el acto jurídico de afiliación del señor ANDRÉS DUQUE URIBE a PROTECCIÓN 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)** y, la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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; SL3464, SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon la afiliación del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año de 1998, cuando trabajaba en la Universidad CES, cuando se hizo un contacto con una asesora que le realizó el traslado. Que la asesora le hizo un análisis de COLPENSIONES, en donde existía un gran riesgo con sus cotizaciones, y le manifestó la estabilidad del fondo privado. Que, en el año de 1994, laboraba como independiente como médico, y ofrecía sus servicios a una entidad llamada Cardio Estudio, como médico cardiovascular. Que no recuerda con certeza en que parte fue que recibió la asesoría con la ejecutiva de PROTECCIÓN S.A. Que sus ahorros si iban a generar unos rendimientos y que de esto ahorros iba a depender su pensión. Que recuerda que lo de Colpensiones, el fondo después lo reclamaba, pero solo vino a saber que significaba el bono pensional pero mucho más tarde. Que el formulario lo suscribió de manera libre y voluntaria. Que el motivo para trasladarse a Colpensiones es que su mesada sería mayor que en el fondo privado. Que nunca se le explicaron los beneficios de ambos fondos. Que no se acercó a COLPENSIONES para corroborar la información dada. Que en la empresa donde trabajaba buscaron a un asesor de OLD MUTUAL, el cual les dio la asesoría y él se trasladó. Que si se le hablo de la heredabilidad de la pensión. Que ha realizado aportes voluntarios en algún momento, información que le dieron los asesores. Y que cuando cumplió los 61 años, solicitó una simulación pensional en su consultorio, en donde salió que le iría mejor en Colpensiones.

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 el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. ni por SKANDIA S.A., toda vez que, si bien anexaron los documentos visibles en el PDF 9, folio 1 y PDF 13, folio 12, del expediente digitalizado, que permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que esta no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al 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 al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario 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 al 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 del actor fue el 27 de octubre de 1998, 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.”

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A. como primer fondo al que se trasladó el actor, 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 privado:

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, la 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 el 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 el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones interpuestas, 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.”*

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 a 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.

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.

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.
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

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 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.

⁶En 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.

los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, al ser resuelto el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta, y en razón de la sostenibilidad financiera del sistema **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** además de lo ordenado por la juez, deberán devolver *la prima de reaseguro de Fogafín*, debidamente *indexada* con cargo a sus propios recursos; debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido, aclarando que **PROTECCIÓN S.A.** solo deberá devolver los conceptos por el tiempo en que el actor estuvo afiliado allí.

No obstante, se deberá **REVOCAR** la sentencia en lo que tiene que ver con la orden dada a **PROTECCIÓN S.A.** en devolver lo correspondiente a lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que conforme lo indica el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, éste concepto solo está a cargo de la última entidad en donde está afiliado el demandante, por lo que será solo **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** a la que se le ordene el traslado de dicho concepto.

iii. Bonos pensionales

En lo que respecta a la orden dada por la juez a **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.** de devolver los bonos pensionales, se tiene pues que la redención normal del mismo sería para el 18 de enero de 2020, fecha en la que el demandante cumplió los 62 años de edad; sin embargo, hay que tener en cuenta que, previo al pago del bono, debe surtir varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la afiliación válida del actor es la efectuada al régimen de prima media, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido anticipadamente 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.

⁷Respecto 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.

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 indisoluble 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.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. En estas son a cargo de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., por no salir totalmente avante sus recursos. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, dividido en partes iguales para cada uno.

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 **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya ordenado, las **primas de**

seguros del Fogafín, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos; aclarando que PROTECCIÓN S.A., solo deberá devolver los conceptos por el tiempo en que permaneció en dicho fondo.

TERCERO: Se **REVOCA** la sentencia, en lo que tiene que ver con la orden dada a **PROTECCIÓN S.A.**, en devolver lo correspondiente a lo destinado **al fondo de garantía de pensión mínima**, y en su lugar, se **ABSUELVE** de dicho concepto, conforme se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: Se **CONFIRMA** en lo demás.

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

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	Andrés Duque Uribe
DEMANDADO	Old Mutual hoy Skandia, Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 022-2019-00080
DECISIÓN	Revoca, adiciona 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