



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Julián Araque Gómez
DEMANDADOS	Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
RADICADO	05-001-31-05-019-2021-00311
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El ocho (8) de julio 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 166** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **JULIÁN ARAQUE GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.**, quien llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, con radicado **05-001-31-05-019-2021-00311**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferida por la doctora **MARICEL LONDOÑO RICARDO**, en calidad de apoderada judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería para actuar al Dr. **DIDIER ANDRÉS MESA MORA**, identificado con cédula de ciudadanía N.º 1.017.204.270 y portador de la tarjeta profesional N.º 261.150 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 que se declare la ineficacia del traslado realizado al fondo privado, debiéndose tener como válida la afiliación al RPM sin solución de continuidad. Y, como consecuencia, se ordene al fondo privado trasladar la totalidad del ahorro que reposa en la cuenta individual, debiendo COLPENSIONES, validar estos aportes e incorporarlos en la historia laboral. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 4 de noviembre de 1960. Que comenzó a realizar cotizaciones al ISS el 17 de noviembre de 1982. Que se trasladó al RAIS el 21 de marzo de 2002. Que en el año 2020 recibió comunicación escrita por parte de SKANDIA S.A. en donde se le manifestó que no alcanzaría a completar el número mínimo de semanas para pensionarse, por lo que tendría que optar por la devolución de saldos. Que SKANDIA S.A. omitió el deber de información al momento de la afiliación. Que no se le realizó una reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad. Que se le realizó una proyección pensional por parte de un experto, en donde podría obtener la pensión en Colpensiones. Y que elevó solicitud de traslado a Colpensiones, el cual fue negado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Esta entidad respecto a los hechos de la demanda, manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que no es cierto que el demandante comenzó a realizar cotizaciones al ISS desde la fecha que aduce en la demanda, ya que laboraba para el Departamento de Caldas. Que es cierta la afiliación a SKANDIA S.A., pero este provenía de PORTECCIÓN S.A. Que no le consta lo manifestado por fondo privado para su afiliación. Que no le constan los hechos que van dirigidos contra otra entidad. Y que es cierta la solicitud elevada a Colpensiones. Se opuso a las pretensiones. Y propuso varias excepciones de mérito.

✓ SKANDÍA S.A.:

En su contestación expuso frente a los hechos que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al ISS. Que la afiliación a este fondo fue de forma libre y espontánea, y completamente informada, recibiendo el actor una asesoría verbal, con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias del traslado. Que el traslado inicial del actor fue el 22 de diciembre de 1998 a PROTECCIÓN S.A. por lo que es esta entidad la obligada a pronunciarse. Que no es cierto que se haya omitido información alguna. Y que no le consta los hechos que están relacionados contra otra entidad. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de mérito.

Esta entidad, **llamó en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, manifestando que en caso de que sea impuesta alguna condenada consistente en la devolución de las primas de seguro previsionales, esta sea impuesta a la entidad llamada en garantía, toda vez que este administrador contrató el seguro previsional para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, efectuando los pagos a esta aseguradora.

La entidad llamada en garantía contestó extemporáneamente al llamamiento, por lo que el juzgado la tuvo por no contestada.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Manifestó frente a los hechos de la demanda que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación con otro fondo privado ni la información suministrada por éste. Que es cierta la afiliación efectuada a PROTECCIÓN S.A. con fecha del 22 de diciembre de 1998. Que no le consta las comunicaciones dirigidas a SKANDIA S.A. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones. Y propuso varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 26 de noviembre de 2021, el Juzgado Decimonoveno Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado o la vinculación del demandante realizado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., y consecuentemente que, para efectos pensionales, el demandante ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Como argumento de su decisión, expuso que en el presente caso se dio la falta de prueba del cumplimiento del deber de información por parte de los fondos privados y que la libre escogencia de régimen implica una libertad cualificada, ya que exige que la persona previo a suscribir el formulario, conozca el alcance de la decisión que está adoptando, y que ello solo se logra cuando el fondo le brinda información amplia y suficiente que le permita conocer entonces qué va a pasar en adelante con su vinculación pensional, por lo que ese entendimiento a la hora de tomar la decisión no se presentó, no pudiéndose afirmarse que se hubiere satisfecho el deber de información.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a aceptar el regreso o vinculación de la actora a esa entidad.

ORDENÓ a SKANDIA S.A. trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados al pago de seguros previsionales, con destino a COLPENSIONES y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en la historia laboral.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones que hubiere recibido durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo.

EXONERÓ de responsabilidad a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

- **APELACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpuso recurso de apelación de manera parcial, en lo que respecta al traslado de los aportes realizados por comisiones de administración y los seguros provisionales, argumentando que es un descuento que esta autorizado por la ley en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Que este descuento se realiza en contraprestación a una buena administración de los dineros de la cuenta de la demandante, que se pueden ver reflejados en los rendimientos financieros que generó la cuenta individual. Que en el expediente obran pruebas como el certificado de rendimientos, en donde se demuestra que sus aportes obtuvieron unas ganancias, lo que da cuenta que los mismos fueron correctamente administrados. Que, con la condena de primar instancia, estaría en constituyéndose en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no esta destinada a financiar la pensión de vejez. Que el fondo privado tiene derecho a conservar las comisiones de administración como restituciones mutuas a su favor, y no hay razón para trasladárselas a Colpensiones. Que la Superintendencia ha manifestado que conceptos son los que se deben trasladar cuando se declara la nulidad de la afiliación. Y que frente a estos conceptos a devolver opera el fenómeno de la prescripción, ya que no están destinados a financiar la pensión.

✓ SKANDIA S.A.:

El apoderado de la entidad accionada en su recurso de apelación, manifestó que esta en desacuerdo total con la sentencia, ya que la entidad cumplió todo los requisito legales para que fuera eficaz el traslado. Que la Superintendencia en sus conceptos ha sido enfática en manifestar que la obligación de otorgar información clara, cierta y oportuna, nació a partir del decreto 2241 de 2010. Que se debe tener en cuenta que el demandante no realizó un traslado de régimen sino un traslado horizontal entre administradoras. Que no se debe condenar a los gastos de administración y comisiones, ya que estos fueron descontados en cumplimiento de un deber legal, como lo establece el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Y que los gastos de administración se ven reflejados en los rendimientos que produjo los aportes del demandante en cada una de

las administradoras privadas, por lo que condenar a su devolución sería decir que esta entidad obró de mala fe o incumplió una normatividad.

✓ COLPENSIONES:

Presentó su recurso, señalando que Colpensiones es ajena a la declaratoria de ineficacia, ya que estos realizaron de manera voluntaria el traslado al RAIS. Que conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el demandante no podía realizar el traslado, ya que estaba a menos de 10 años para cumplir la edad en el RPM. Que no se puede trasladar la carga de la prueba de manera absoluta a los fondos privados, ya que para el afiliado es mas sencillo probar cierto supuestos. Que se debe tener en cuenta la voluntad del afiliado de pertenecer al RAIS, cuando se surte la vinculación en diferentes administradoras, ratificándose el deseo de pertenecer a este. Que lo que ocurrió fue un derecho de derecho que no produce nulidad alguna y muchos menos generar la ineficacia de traslado. Que se debe tener en cuenta que los dineros devueltos no son suficientes para el financiamiento de la pensión. Que la Corte Constitucional ha manifestado que nadie puede resultar beneficiado con los recursos ahorrados por los otros afiliados, ya que el régimen solidario de prima media se descapitalizaría. Que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema. Que no se puede alegar por parte de los demandante su propia culpa, pues estos contaban con sus propios medios para realizar cualquier tipo de preguntas a la decisión que estaban adoptando. Y que si hay lugar a confirmar la sentencia, al momento del traslado todas las cotizaciones de la cuenta individual, rendimientos, cuotas de administración, porcentaje para la garantía de pensión mínima, los seguros previsionales, gastos de administración, y todos estos conceptos indexados.

✓ MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.:

Esta entidad interpuso el recurso de apelación en lo que respecta a las costas procesales, no obstante, desistió del mismos a través de memorial allegado por el apoderado judicial de la entidad, el cual se ajusta a las disposiciones de ley y no vulnera derechos ciertos e indiscutibles de las partes, **admitiéndose** el mismo.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Una vez transcurrido el término para presentar alegatos, manifiesta que la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del actor, debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Que se trató de una traslado de régimen realizado de manera voluntaria, tal y como se aprecia en el escrito de demanda. Que el demandante, sin inconveniente alguno decidió pertenecer al RAIS sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio. Que la afiliación al RAIS goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, y lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional, y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP. Que con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, los afiliados contaban con un espectro de decisión más amplio a la hora de definir la situación pensional que mejor se ajuste a sus condiciones particulares. Y que no se puede concluir que es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES, y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe.

- ✓ **SKANDIA S.A.:**

En sus alegatos expuso que esta entidad cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido para la fecha de la afiliación, siempre actuando de buena fe. Que 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. Que la información dada al actor 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. Que, en caso de confirmar la decisión de primera instancia, se debe resaltar que Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A., descontó un porcentaje que corresponde a gastos de administración como la ley autoriza y en virtud de ellos se han cumplido todas las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios del demandante. Que, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales el demandante ha tenido cobertura durante todo el tiempo que ha estado afiliado frente a los riesgos de invalidez y muerte. Y que si se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional esto conlleva a que MAPFRE le devuelva las primas debido a que si SKANDIA no estaba legitimada para celebrar el contrato de seguro específico, el contrato de seguro le faltaría el interés asegurable lo que se traduce en la posibilidad de tomar el seguro.

✓ MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.:

Interpuso alegatos de conclusión, sin embargo, en memorial radicado ante esta Corporación, señaló que desiste del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y que por error involuntario, remitió el día 18 de mayo del presente año, alegaciones de segunda instancia, siendo lo correcto una solicitud de desistimiento del recurso de apelación, por lo que solicita no tener en cuenta el escrito de alegatos, y atender esta solicitud como el desistimiento del recurso de apelación.

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 JULIÁN ARAQUE GÓMEZ 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)* 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; 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 no recuerda el año exacto de su afiliación a PROTECCIÓN S.A. pero fue después de ser funcionario de la Gobernación de Caldas. Que su afiliación se dio porque lo contactaron de PROTECCIÓN S.A., no recuerda donde, y le manifestaron unos beneficios y garantías y tomó la decisión de trasladarse. Que no tiene muy clara la afiliación porque fue hace mucho tiempo. Que los beneficios manifestaron fueron que era mas beneficioso que permanecer en la caja de previsión. Que no sabia que los saldos de la cuenta individual eran heredables. Que no sabe si le hablaron de la pensión anticipada. Que le hablaron del bono pensional, pero por SKANDIA S.A. Que no fue coaccionado para firmar el formulario de afiliación. Que se enteró mucho tiempo después que los fondos privados trabajan con base a rentabilidades. Que se trasladó a SKANDIA S.A. por una nueva visita de un asesor. Que no ha realizado aportes a pensiones voluntarias. Que no recibe permanentemente los extractos de pensiones, y no le pone mucho cuidado. Que su preocupación para trasladarse a Colpensiones se dio a raíz de un comunicado de SKANDIA S.A. en donde se le manifiesta que no podría pensionarse sino reclamar los saldos. Y que no utilizó los canales de comunicación dispuestos por SKANDIA S.A.

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 SKANDIA S.A. ni PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que las entidades anexaron los documentos visible en el PDF 10 de folios 21 y el PDF 15 de folio 33 del expediente digitalizado, este es, los formularios de afiliación, mismo que el demandante suscribió, 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 estos documentos no son 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 22 de diciembre 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.”

No pasa por alto esta corporación, que el actor realizó traslados entre 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 del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por PROTECCIÓN S.A. en el año 1998, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

*“Por último, considera también la Sala que **la circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).**” (Subraya fuera del texto)*

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados

horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

Se tiene entonces que, PROTECCIÓN S.A., como primer fondo al que se trasladó el 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 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 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.”*

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

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.

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, **SKANDIA S.A.**, contrario a lo manifestado por el juez, y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberá devolver los pago de **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, debidamente **indexados**, debiéndose **REVOCAR** la sentencia en lo que respecta a este concepto.

De igual manera, al ser revisada la presente sentencia en grado jurisdiccional de consulta, se deberá **ADICIONAR** la sentencia, para ordenar a **SKANDIA S.A.** a trasladar la **prima de reaseguro de Fogafín**, la cual deberá ser debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, al igual que los cuotas de administración ya ordenadas; del mismo modo, deberá devolver 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.

Asimismo, se **ADICIONA** la sentencia, para que **PROTECCIÓN S.A.**, como fondo en el que estuvo afiliado el demandante, traslade a COLPENSIONES los **gastos de administración**, ya ordenados por el juez, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos **por el lapso de tiempo que el actor permaneció allí**.

iii. 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

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL2877-2020, 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.

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** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en 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, aclarando que los temas que no fueron objeto del recurso de apelación, no pueden ser traídos como nuevas inconformidades de la sentencia. .

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, por no salir avante su 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.**

SEGUNDO: Se **REVOCA** la sentencia en lo que refiere a la no inclusión de los valores destinados al pago de los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, y en su lugar, se **ORDENA** a **SKANDIA S.A.** al traslado de los mismos, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya manifestado por el juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, y **las cuotas de administración** ya ordenadas, debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos, y además, 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.

CUARTO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se ordena a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, los gastos de administración, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos por el lapso de tiempo que el actor permaneció allí, como se dejó dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: 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	Julián Araque Gómez
DEMANDADOS	Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.
RADICADO	05-001-31-05-019-2021-00311
DECISIÓN	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/131> 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 11 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 11 de julio de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO