



## RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

### TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cinco (05) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA  
DEMANDANTE: HORACIO ANTONIO GUISAO MARTINEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES, SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.  
RADICADO: 05360 31 05 – 002 2021 00329 01  
ACTA N°: 50

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **HORACIO ANTONIO GUISAO MARTINEZ** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Segundo** Laboral del Circuito de Itagüí finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 50** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

#### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Que se **DECLARE** la INEFICACIA del traslado al RAIS y se ordene la inmersión en el RPM. **ii)** Que se **DECLARE** que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de régimen y recibir todas las cotizaciones, bonos, etc. Que trasladen los fondos privados. **iii)** Que se **CONDENE** a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones, bonos, etc. Con los rendimientos que hubieren causado, debidamente indexados. De igual forma, pide el demandante que al momentos que las AFP's privadas trasladen los dineros con dirección a COLPENSIONES, paguen de su patrimonio los dineros fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por el actor, que tenían como fin el pago del Fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, fondo de solidaridad y las primas de los seguros de invalidez

<sup>1</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 1 – 6 / PDF

y sobrevivientes, todo lo anterior debidamente indexado. **iv)** Que se **CONDENE** al pago de costas y agencias en derecho que el proceso causare. **v)** Subsidiariamente pide que se **ORDENE** a las AFP's privadas en calidad de indemnización de perjuicios materiales, que para efectos de los requisitos para la pensión de vejez del demandante, se le exijan y apliquen las condiciones que le hubiese correspondido en el RPM.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El demandante se afilió al RPM en ese momento administrado por el **I.S.S.** en noviembre de 1981, cotizando en dicho régimen hasta 1998. **ii)** El día 26 de noviembre de 1998 el asesor de PENSIONAR - hoy SKANDIA S.A. - y el 26 de julio de 2010 el de PORVENIR S.A., le hicieron suscribir formularios de afiliación sin explicar los pros y contras de tomar esa decisión, así como tampoco le explicaron las características de los regímenes público y privado. **iii)** Al momento de la afiliación no se le hizo una asesoría personalizada que le informara: a) de los requisitos si se quedaba en el RPM, b) cuál era la situación del bono pensional, c) si efectivamente podría pensionarse anticipadamente, d) que eventualmente solo podría obtener la devolución de saldos. e) no se le realizó un cálculo o proyección alguna de su pensión. **iv)** El demandante presentó petición a SKANDIA y PORVENIR y en respuesta a las preguntas formuladas se le informó que ninguna de las dos sociedades cuenta con el archivo físico de la asesoría que recibió al momento de la afiliación y PORVENIR le informó que monto de su mesada pensional sería de \$924.334 para la edad de 62 años. **v)** PORVENIR no le informó que de no regresar a COLPENSIONES antes de cumplir los 52 años de edad, jamás podría regresar. **vi)** Desde el 3 de agosto de 2021 se solicitó traslado a COLPENSIONES, pero se le ha negado con el argumento de que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse. **vii)** de las cotizaciones mensuales del demandante, PORVENIR ha extraído una parte para su cuenta individual y otra que es utilizado para pagar el fondo de garantía de pensión mínima, comisión, fondo de solidaridad pensional y seguros de invalidez y muerte.

## 2. CONTESTACIONES

### 2.1. COLPENSIONES<sup>2</sup>

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que: **i)** El traslado realizado por el demandante al RAIS se hizo de forma libre y voluntaria y en dicho acto COLPENSIONES no tuvo ninguna incidencia o participación. **ii)** Se **OPONE** a que el fondo privado traslade las cotizaciones ya que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Sin embargo, si se decide declarar la ineficacia, **NO SE OPONE** a que dicho traslado sea como lo pide el demandante, es decir, que la sociedad privada pague de su patrimonio los dineros que por autorización legal fueron extraídos de cada una de las cotizaciones realizadas por el actor, garantizando así el traslado de la totalidad de la cotización; adicionando aquí que dicho traslado debe hacerse "debidamente indexado". **iii)** Se **OPONE** a que se declare que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de régimen pensional; ya que

<sup>2</sup>01PrimerInstancia → 22ContestacionColpensiones Pag 1-14 / PDF

según la edad que ostenta el demandante en la actualidad, existe una prohibición legal para realizar dicho traslado.

Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RESPECTO AL TRASLADO, PRESCRIPCIÓN, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA PEDIR, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA, COMPENSACIÓN, DEVOLUCION DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACION, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS.

## 2.2. PORVENIR S.A.<sup>3</sup>

La entidad se **opuso a la prosperidad de las pretensiones** y solicita se absuelva de todas y cada una de ellas a la demandada PORVENIR S.A. planteando, en síntesis: **i)** La entidad siempre brindó información clara, veraz y suficiente, también se informó de las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el RIAS, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación con mi representada fue producto de una decisión libre, espontánea e informada, de modo que no hay vicio en el consentimiento, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación del 26 de julio de 2010, No. 13859361. Además, se le garantizó el derecho de retracto a la parte actora ya que mi representada el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. **ii)** No puede ser admitida la parte actora en el RPM, teniendo en cuenta que la parte demandante le aplica la restricción de los 10 años contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. **iii)** Al no proceder la ineficacia del traslado, no deriva la devolución de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, pues dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción, por lo que si se ordena su devolución se estaría incurriendo en un enriquecimiento ilícito por parte de COLPENSIONES, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución. **iv)** Invocan el concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCION, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

## 2.3 SKANDIA S.A.<sup>4</sup>

<sup>3</sup>01PrimerInstancia → 19ContestacionDemandaPorvenir Pág. 1 – 33 / PDF

<sup>4</sup>01PrimerInstancia → 20ContestacionSkandia Pág. 1 – 31 / PDF

SKANDIA S.A. se **opuso a la prosperidad de las pretensiones planteando**, en síntesis: **i)** La parte demandante no prueba si quiera de forma sumaria, las razones de hecho que sustentan la nulidad e ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS. Contrario a lo anterior, las decisiones del demandante estuvieron encaminadas a manifestar su voluntad de pertenecer al RAIS. Esto teniendo en cuenta no solo su afiliación inicial, sino además los múltiples traslados efectuados entre administradoras del RAIS. **ii)** Tampoco prueba que exista dolo y aun habiéndolo, si el actor se hubiese comportado como un buen padre de familia, se hubiese abstenido de realizar el traslado al régimen pensional si considerara que las condiciones y características del RAIS fuesen contra sus intereses. **iii)** No se presenta vicio en el consentimiento debido a que no se prueba un error de hecho o de derecho ya que el afiliado siguió realizando cotizaciones, se cambió de AFP más no de régimen y los artículos 9 y 1509 del Código Civil indican que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y que el error de derecho no vicia el consentimiento. **iv)** El demandante alega falta de información. Sin embargo, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no es plausible que afirme que no fue asesorado de manera completa y lo que alega es su propia culpa pues en todo momento pudo informarse sobre su futuro pensional y ahora 20 años después se interesa por regresar al RPM. **v)** Los descuentos realizados por SKANDIA S.A. respondieron a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y al momento de efectuar el traslado del actor a la AFP Porvenir, mi representada en atención al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, trasladó capital, rendimientos y aportes al fondo de pensión de garantía mínima. **vi)** No hay fundamento para que se condene en costas a SKANDIA y deberá ser la parte accionante quien debe ser condenada en costas.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, NEXISTENCIA DE LOS PERJUICIOS RECLAMADOS.

## 2.4 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.<sup>5</sup>

La entidad llamada en garantía se OPONE a las pretensiones de la demanda, y en tal propósito se adhiere a las excepciones y fundamentos de derecho propuestos por cada una de las entidades demandadas y contenidos en sus contestaciones. Presentó las siguientes excepciones que se pretenden hacer valer: INEXISTENCIA DE CAUSAL DE INEFICACIA O NULIDAD, RATIFICACION O SANEAMIENTO DE LA NULIDAD, EXCEPCION FUNDADA EN EL PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-Nadie puede alegar a su favor su propia culpa, IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS RENDIMIENTOS DEVENGADOS Y GASTOS DE ADMINISTRACION, PRESCRIPCIÓN, GENÉRICA O INMOMINADA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO Y OBLIGATORIO, EL JUEZ EN SUS DECISIONES DEBE RESPETAR EL IMPERIO DE

<sup>5</sup>01PrimerInstancia → 33ContestacionMapfre Pág. 1 – 17 / PDF

LA LEY, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES OPONIBLE AL ASEGURADO QUIEN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLO, EL CONTRATO DE AFILIACION DEL DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, LA PRETENDIDA DEVOLUCION DE TODO NO PUEDE COMPRENDER EL IMPORTE DE LAS PRIMAS DEVENGADAS, MI REPRESENTADA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR UNA CARGA QUE CONSTITUYA UN GRAVAMEN EXCEPCIONAL, CONVALIDACION DEL ACTO; VALIDEZ, CUMPLIMIENTO Y AGOTAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO, PRIMA DEVENGADA, RESPONSABILIDAD DE SKANDIA, INOPONIBILIDAD DE LA INEFICACIA DEMANDADA, PAGOS, COMPENSACIONES Y RESTITUCIONES MUTUAS, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, ENÉRICA O INMOMINADA.

### 3. SENTENCIA<sup>6</sup>

En la audiencia del **23 de mayo de 2022** la **JUEZ SEGUNDA LABORAL DEL CIRCUITO DE ITAGÜÍ** tomó las siguientes decisiones<sup>7</sup>: **i)** Se **DECLARA** la Ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A. efectuado por el señor HORACIO ANTONIO GUIAOMARTINEZ identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.519.647. **ii)** Se **DECLARA** que el señor HORACIO ANTONIO GUIAO MARTINEZ se encuentra válidamente afiliado en LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES sin solución de continuidad. En consecuencia, se CONDENA a las AFP SKANDIA S.A. y la actual PORVENIR S.A. a trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual y los respectivos rendimientos financieros a COLPENSIONES, así mismo las cuotas de administración, el concepto de primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria durante la vigencia de la afiliación, a cargo del patrimonio de las administradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos sin deducción alguna, como lo dispone el art. 1746 del CC., teniendo en cuenta el tiempo que permaneció afiliado en cada una de las AFP. **iii)** Se **CONDENA** a COLPENSIONES a validar la afiliación del demandante y recibir el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP. **iv)** Se desestiman las pretensiones propuestas en el llamamiento en garantía frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. **v)** De las excepciones propuestas por las entidades codemandadas, se DECLARA probada la excepción de IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS propuesta por Colpensiones. **Y** se **CONDENA** en costas a las AFP del RAIS. Se abstiene de condenar en costas a Colpensiones y a la llamada en garantía

### 4. RECURSOS DE APELACIÓN

<sup>6</sup>01PrimeralInstancia → 45ActaAudienciaConcentrada Pág. 1-6 / PDF

<sup>7</sup>01PrimeralInstancia → 45ActaAudienciaConcentrada Pág. 1 → Buscar Link este archivo:

<https://playback.livesize.com/#/publicvideo/77e9cbb9-eba0-497c-a3c6dee7ebbccdfc?vcpubtoken=c41b02a8-8825-409a-ae60-084731fd08c9> → Minuto 1:18:59 / VIDEO

#### 4.1 DE SKANDIA S.A.<sup>8</sup>

El apoderado presenta inconformidad respecto a las siguientes materias: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia del traslado** expresó lo siguiente: **a)** El actor suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada y recibió una asesoría verbal por parte de mi representada en el cual se le manifestaron características específicas del régimen pensional. **b)** Para la época del traslado no existían mayores exigencias frente a soportes documentales sino solo el formulario de afiliación el cual cumplía con los requisitos legales vigentes para tal momento, y que solo a partir del 2016 fue que se empezaron a exigir mayores soportes documentales. **c)** El actor realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen privado con lo cual dejó en evidencia su deseo de pertenecer al régimen privado. **d)** El motivo por el cual desea regresar a Colpensiones es la diferencia en una proyección pensional frente a la cual se desconoce la certeza, y, el motivo económico para trasladarse a Colpensiones no se puede tener como una falta de información, ni como motivo para declarar la ineficacia. **e)** El artículo 112 de la ley de 1993 estableció una obligación negativa para mi representada, en el sentido que no puede impedir o rechazar la vinculación efectuada por el actor y en el momento en que suscribe este formulario de afiliación, es obligación de mi representada recibirlo como su afiliado. **f)** El decreto 2241 del 2010 estableció esos deberes a cargo de los afiliados para aprovechar los espacios de comunicación ofrecidos por las AFP's privadas y en este caso se notó una total desidia y desinterés por parte del accionante pues en ningún momento accedió a los canales de comunicación y solamente lo realizó cuando ya estaba o deseaba pensionarse en una avanzada edad. **ii) Respecto de las sumas a devolver** manifiesta que si en gracia de la discusión se considera que se debe dejar en firme la sentencia, se reconsidere lo atinente a los rubros que debe trasladar la AFP SKANDIA teniendo en cuenta que el actor no se encuentra vinculado a ella y que frente a los seguros previsionales, debería ser MAPFRE quien trasladara dichas primas de aseguramiento, pues, al declarar la ineficacia se pierden los efectos jurídicos como si nunca hubiera existido el acto de traslado del régimen.

#### 4.2 LA APELACIÓN DE PORVENIR S.A.<sup>9</sup>

La AFP privada enfoca su recurso en lo relativo a **las sumas a devolver** de la siguiente manera: **i)** El inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece también para el Régimen de prima media que se debe destinar el 3% de cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir, no es un

<sup>8</sup>01PrimerInstancia → 45ActaAudienciaConcentrada Pág. 1 → Buscar Link en este archivo: <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/77e9cbb9-eba0-497c-a3c6dee7ebbccdfc?vcpubtoken=c41b02a8-8825-409a-ae60-084731fd08c9> → Minuto 1:10:00 / VIDEO

<sup>9</sup>01PrimerInstancia → 45ActaAudienciaConcentrada Pág. 1 → Buscar Link en este archivo: <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/77e9cbb9-eba0-497c-a3c6dee7ebbccdfc?vcpubtoken=c41b02a8-8825-409a-ae60-084731fd08c9> → Minuto 1:13:30 / VIDEO



emolumento que le corresponda al afiliado en ninguno de los dos regímenes pensionales. **ii)** Al no financiar la pensión de vejez, si les cabe el término de prescripción a los gastos de administración. **iii)** En concepto de la Superintendencia Financiera se indica de forma expresa que cuando se presente un evento de nulidad o ineficacia, los únicos valores a devolver son lo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima previsional de seguros, tampoco procede la devolución de los gastos de administración, y en dicha devolución se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. **iv)** Cuando el afiliado realizó su traslado horizontal de régimen, el artículo 112 de la ley de 1993 estableció una obligación negativa para mi representada, en el sentido que no puede impedir o rechazar la vinculación efectuada por el actor y en el momento en que suscribe este formulario de afiliación, es obligación de mi representada recibirlo como su afiliado. **v)** El demandante trae a colación el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas pero en este caso no se presenta nada similar, porque a PORVENIR no se le restituye ningún valor y porque el negocio jurídico inicial se efectuó con el demandante y SKANDIA.

#### 4.3 EL RECURSO DE MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.<sup>10</sup>

La llamada en garantía inicialmente interpuso recurso de apelación ante la absolución a SKANDIA, de asumir costas a su favor, invocando el artículo 365 del Código General del Proceso porque las peticiones de SKANDIA en el llamamiento fueron resueltas de manera desfavorable.

Sin embargo, con memorial allegado el 14 de julio de 2022, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. **desistió de su recurso de apelación**, lo que fue aceptado por la Sala mediante auto del **28 de julio de 2022**<sup>11</sup>, providencia en la que se decidió condena en costas a su cargo en virtud del artículo 316 del Código General del Proceso.

### 5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia, los apoderados de SKANDIA S.A., COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y EL DEMANDANTE decidieron intervenir de la siguiente manera:

#### 5.1 ALEGATO DE COLPENSIONES<sup>12</sup>

La administradora del Régimen de prima media manifiesta que se ratifica en lo previamente argumentado en el sentido de que Colpensiones no tuvo incidencia alguna en la afiliación entre el demandando y los Fondos Privados demandados, por lo

<sup>10</sup>1PrimeraInstancia → 45ActaAudienciaConcentrada Pág. 1 → Buscar Link en este archivo: <https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/77e9cbb9-eba0-497c-a3c6dee7ebbccdfc?vcpubtoken=c41b02a8-8825-409a-ae60-084731fd08c9> → Minuto 1:16:41 / VIDEO

<sup>11</sup>02SegundaInstancia → 13AutoAceptaDesistimiento Pág. 1 – 5 / PDF

<sup>12</sup>02SegundaInstancia → 04AlegatosColpensiones Pág. 1 – 3 / PDF

tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no pueden perseguir a la entidad, ni mucho menos afectarla, en virtud del principio de sostenibilidad financiera. **i) Respecto a las sumas a devolver** señala que el Fondo Privado deba realizar el traslado y reintegro de la siguiente manera: los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, y **que dichos rubros sean trasladados de manera indexada**; y en caso de que la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el RPM, sean dichos fondos privados, quienes asuman el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos. Para sustentar su petición se apoyan en la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencias SL 5292-2021 M.P. Omar Ángel Mejía Amador y SL 5686-2021 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, así como lo expuesto en las sentencias SL 4.964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019. **ii) Sobre las costas** solicita se CONFIRME la decisión de absolución de la Entidad porque siempre ha actuado con sujeción a la Ley, y es un tercero que no tuvo ninguna incidencia en el acto de traslado.

## 5.2 ALEGATO DE PORVENIR S.A.<sup>13</sup>

La intervención se concreta a dos aspectos: **i) La sociedad reitera su inconformidad en relación con las sumas a retornar** argumentando: **a)** el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, solo establece que deban devolverse el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, por lo que no puede ordenarse la devolución de otras sumas diferentes que no son destinadas a financiar la prestación del afiliado y que no le pertenecerían en ningún régimen y por ende si le aplica la prescripción de que hablan los artículos 488 y 151 del Código Procesal del Trabajo. Además, esto derivaría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. **b)** Del mismo modo lo estableció la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020 que establece que las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional, ni tampoco la comisión de administración. **ii)** Y en el alegato también introduce su inconformidad con la declaratoria de ineficacia, aspecto que **no fue materia del recurso de apelación.**

## 5.3 ALEGATO DE SKANDIA S.A.<sup>14</sup>

A su turno la sociedad SKANDIA S.A. presentó alegatos buscando que se revoque íntegramente el fallo de primera instancia haciendo énfasis en los siguientes puntos: **i) Sobre la declaratoria de ineficacia: a)** La afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación que se

<sup>13</sup>02SegundaInstancia → 06AlegatosPorvenir Pág. 1 – 8 / PDF

<sup>14</sup>02SegundaInstancia → 10AlegatosSkandia Pág. 1 – 4 / PDF



ajusta a las exigencias legales, probando la libertad de la afiliación de la accionante al R.A.I.S. **b)** Frente a la alegación de falta de información, esta 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, además de indicar el demandando en el interrogatorio de parte que se trasladó a Porvenir porque le ofrecieron mejores garantías, precisando que era una mejor pensión, luego de hablar con un asesor que le informó de los beneficios de afiliarse con la sociedad. **ii)** En lo concerniente **a los valores a devolver:** **a)** No puede desconocerse de ninguna manera la gestión de la administradora que generó rendimientos en la cuenta de ahorros, y condenar eventualmente al pago gastos de administración, siendo además descuentos autorizados por la Ley, y que son también descuentos realizados en el RPM por mandato del artículo 20 de la ley 100 de 1993. **b)** En lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales el demandante ha tenido cobertura frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos. También se pronunciaron **iii) Frente al llamamiento en garantía** a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. anuncia que es evidente que en caso de confirmar la ineficacia de la afiliación, MAPFRE es la entidad llamada a realizar la devolución de la prima de seguros ya que fue la que recibió la prima pagada por mi representada, esto atendiendo a que el contrato de seguro no producirá efecto alguno por la declaratoria de ineficacia, toda vez que se extinguiría el interés asegurable y por consiguiente se solicita sea MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la condenada a trasladar la prima de seguros previsionales.

#### 5.4 LA ALEGACIÓN DEL DEMANDANTE<sup>15</sup>

El apoderado del accionante solicita se confirme la sentencia apelada razonando de este modo: **i)** Sobre la declaratoria de ineficacia: **a)** La decisión de un afiliado de trasladarse al RAIS exige que la persona tenga absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes y los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional. Es por esto que las entidades que administran el RAIS tienen la obligación de brindar la asesoría personalizada, completa, necesaria y eficaz, el deber del buen consejo y en este caso quedó probado que el fondo privado no brindó la información que su deber le imponía al momento de suscribir el formulario de afiliación y por tanto debe mantenerse la declaratoria de ineficacia del traslado. Esto apoyado en varias disposiciones normativas, entre ellas el Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014. **b)** Recuerda que por la RESPONSABILIDAD PROFESIONAL y la ESPECIAL DILIGENCIA con que debe actuar la entidad SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DEMANDANTE EN LA ENTIDAD, de manera que dentro del proceso debe ser ésta quién acredite el haber cumplido con las obligaciones

<sup>15</sup>02SegundaInstancia → 12AlegatosDemandante Pág. 1 – 7 / PDF

constitucionales y legales que le incumbían en esta fase previa a la toma de decisión en materia de afiliación o traslado, pues se encuentran en mejor circunstancia para ello.

**c)** De haber recibido una buena asesoría que le informara de los perjuicios que en su derecho pensional traería el hecho del traslado al régimen de ahorro individual, jamás hubiese firmado el documento de traslado de fondo. **ii)** Sobre los dineros a devolver, que se deben retornar a cargo del patrimonio de la entidad todas aquellas sumas que fueron extraídas de cada una de las cotizaciones realizadas, dineros que tenían como fin el pago del Fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Todo lo anterior debidamente indexado. Por último, solicita **iii) se condene en costas** en segunda instancia a PORVENIR, en el caso que no le prospere el recurso oportunamente presentado y sustentado.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES** y por las materias de los recursos de **PORVENIR y SKANDIA**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. Así, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN de la DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

## **6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.**

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.*

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna

persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** 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**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo

relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

## 7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) HORACIO ANTONIO GUISAO MARTINEZ** nació el **13 de septiembre de 1960**, por lo que en este momento cuenta con **61 años**<sup>16</sup>. **ii)** Inició su vinculación laboral afiliándose al I.S.S en **noviembre de 1981**, entidad en la que cotizó **575.7**<sup>17</sup> semanas hasta **1998**. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **PENSIONAR, hoy SKANDIA S.A.** el **26 de noviembre de 1998**, cotizando allí **138.5**<sup>18</sup> semanas y trabajando para la época como SOLDADOR EN CONCRETOS PREMEZCLADOZ S.A.<sup>19</sup>. Posteriormente suscribió formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 26 de julio del 2010<sup>20</sup> entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

La demandada ha afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **HORACIO ANTONIO GUISAO MARTINEZ**, éste tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una

<sup>16</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 10 / PDF

<sup>17</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 49 / PDF

<sup>18</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 49 / PDF

<sup>19</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 19 / PDF

<sup>20</sup>01PrimerInstancia → 03Demanda Pág. 64 / PDF

**asesoría personalizada, analizando las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional.**

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que, en el régimen de prima media, el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima(**artículo 64 Ley 100**); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (**artículos 79 a 82 de la Ley 100**), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el Régimen de Prima Media (I.S.S.). **v)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (**artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época**), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **HORACIO ANTONIO GUISAO MARTINEZ**, quien a lo largo del proceso ha sido enfático en reiterar las



afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Lo anterior, sumado al hecho de que, el traslado que hubiese efectuado la demandante a otra AFP en manera alguna convalida la omisión en las obligaciones de información en la vinculación inicial al RAIS. Recientemente la Corte Suprema en su Sala Laboral indicó en sentencia **CSJ SL 3349 de 2021**, que no puede desconocerse que un afiliado durante su vida laboral puede hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal evento signifique que la **AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información** a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores. Y reiteró:

el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Es decir, las administradoras siempre tendrán el deber de brindar información completa y veraz a los afiliados en cada vinculación, sin que pueda exonerarse de ella argumentando que el afiliado ya conocía previamente el régimen al que se vincula; Y sin que las sucesivas vinculaciones convaliden aquella que se hizo con vicios y dieron lugar a la declaratoria de ineficacia.

Y tampoco se comparte el análisis referido **al monto de la pensión de vejez en cada régimen**. Sobre el particular, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce

efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes

destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** efectuarán la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **PORVENIR S.A.** respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia** que en manera alguna tiene carácter vinculante<sup>21</sup> y en el que se invoca el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación<sup>22</sup>, situación que no corresponde a la aquí ventilada. **viii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias

<sup>21</sup> “**ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

<sup>22</sup> **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

**SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Así, en este aspecto se MODIFICARÁ la providencia que se revisa.

Finalmente, en relación con los planteamientos de la AFP SKANDIA S.A. relativos a la devolución de las primas a cargo de MAPFRE S.A., esta corporación no acoge tal pedimento. Sobre el particular baste señalar que, si bien se formuló llamamiento en garantía, ni se alegó y menos se probó ningún vicio que conlleve a la nulidad o ineficacia del contrato de seguro, en aras de restablecer las cosas al estado inicial y tampoco en la póliza está pactada la cobertura de tal circunstancia, ni se evidencia que la aseguradora haya tenido injerencia o responsabilidad en la falta de información que se cuestiona en este proceso, y que a la postre conlleva la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional.

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia, a)** mediante auto del 28 de julio de 2022 se profirió condena en costas contra MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en favor de SKANDIA S.A. en razón del desistimiento del recurso de apelación<sup>23</sup>. **b)** Se condena en costas a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a favor de la parte actora, porque el recurso interpuesto por estas entidades no prospera, siendo las agencias en derecho de 1 s.m.l.m.v a cargo de cada entidad.

## 8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE**:

**PRIMERO:** Se CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, pero con las siguiente MODIFICACIÓN al numeral **SEGUNDO**, porque se **CONDENA a SKANDIA S.A.** trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros**.

Y dentro del término a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS**

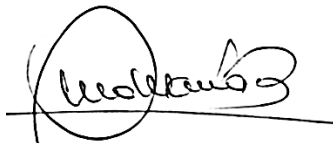
<sup>23</sup>02SegundaInstancia → 13AutoAceptaDesistimiento Pág. 1 – 5 / PDF

**DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** a favor de la parte demandante - Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v para cada una. Y tal como señaló en la parte motiva, con auto del auto del 28 de julio de 2022 se condenó a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a favor de SKANDIA S.A.**, oportunidad en la que se fijó como agencias en derecho 1/3 parte del salario mínimo legal mensual vigente.

Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

**Los Magistrados,**



**ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**

**DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN**  
SIN FIRMA POR AUSENCIA JUSTIFICADA



**MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA**



RADICADO: 050013105 – 002-2021-00329

SENTENCIA del //05/08/2022

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia,  
**para ello debe tener una cuenta de Microsoft.**

Enlace en caso de no tener lector QR: [https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed\\_cendoj\\_ramajudicial\\_gov\\_co/EnzvgtDVA1RCgzUe8vYUmEABd8h3d5D77XThN9kXAsmXNg?e=bS4BK6](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EnzvgtDVA1RCgzUe8vYUmEABd8h3d5D77XThN9kXAsmXNg?e=bS4BK6)