



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Mónica López Ochoa
DEMANDADO	Colpensiones, Old Mutual hoy Skandia S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-011-2019-00028
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca y confirma sentencia

El veintidós (22) de febrero de dos mil veintitrés (2023), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **025** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **MÓNICA LÓPEZ OCHOA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.**, con radicado **05-001-31-05-011-2019-00028**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor **RICHARD GIOVANI SUAREZ TORRES**, en calidad de apoderado judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dra. **ANA MARIA PINEDA JARAMILLO**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.128.396.836 y portador de la tarjeta profesional N° 226.051 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad de **COLPENSIONES**.

- **PRETENSIONES:**

La demandante pretende que se declare la nulidad del traslado inicial que se efectuó desde el RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, hacia el RAIS en la AFP COLFONDOS, y posterior hacia OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., y que se ordene a COLPENSIONES posibilitar nuevamente la afiliación válida a dicha entidad.

Como consecuencia, se condene a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., como la última entidad depositaria de los aportes de la actora, a llevar a cabo la correspondiente devolución de los saldos que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con sus correspondientes rendimientos a efectos de que pueda efectuarse el cómputo total y completo de semanas cotizadas y servidas en el historial de aportes dentro de COLPENSIONES, debiendo COLPENSIONES recibir los dineros trasladados por OLD MUTUAL. Y que se condene en costas a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como supuestos fácticos de las pretensiones indicó que nació el 16 de julio de 1962, por lo que en la actualidad cuenta con 56 años de edad, que actualmente cotiza como empleada de EPS SANITAS. Que cuando ingresó a la vida laboral estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y posteriormente, ante la indebida asesoría de la que fue objeto por parte del RAIS, en el 2000 mes de marzo fue trasladada a COLFONDOS, luego en el mes de mayo de 2011 realizó traslado a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, donde actualmente reposa sus cotizaciones. Que, en marzo de 2000, recibió un formulario proveniente de Bogotá, el cual debía firmar, toda vez que, el gerente de la empresa en la cual estaba trabajando, exigía el traslado de sus empleados a ese fondo de pensiones y posteriormente, en mayo de 2011, funcionarios de SKANDIA visitan INTERGASTRO, empresa que para la fecha trabajaba, y sin hacer un análisis detallado es trasladada a ese fondo hasta la actualidad. Que no le fue realizada la reasesoría antes del cumplimiento de los 47 años por parte del fondo privado. Que la AFP COLFONDOS también obvió que, para la fecha de su traslado, ya contaba con 252,29 semanas. Que ante la proximidad al requisito de edad y luego de ser informada sobre sus precarias posibilidades pensionales en el RAIS, ha solicitado ante las accionadas la

información sobre el procedimiento surtido en su caso puntual, una proyección de tales condiciones y probabilidades pensionales, y en ese mismo sentido ha reclamado la posibilidad de retorno hacia el RPM, mismas que han sido resueltas solo de manera parcial sin brindar una asesoría puntual sobre ese asunto, y apenas limitándose a afirmar una debida y completa asesoría. Y que según cálculo actuarial que se anexa en el proceso, quedaría pensionada en COLPENSIONES por un valor diferente al fondo privado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que es cierto la fecha de nacimiento y la edad, pero no le consta las cotizaciones realizadas con los empleadores mencionados. Que es cierto la afiliación inicial de la actora al RPM y no le consta los móviles subjetivos que dieron lugar a tal acción, pues no existe prueba de ello. Que no le consta que no le fue realizada la reasesoría antes del cumplimiento de los 47 años por ninguno de los fondos privados. Que no le consta que COLFONDOS S.A. omitió información importante para los efectos de esta acción. Que no le consta los trámites administrativos solicitado ante las accionadas. Que no es cierto lo relacionado con los cálculos actuariales. Y que no le constan las solicitudes y hechos que van dirigidos en contra de otras entidades. Se opuso a todas las pretensiones. Y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ COLFONDOS S.A.:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la edad, fecha de nacimiento ni las relaciones laborales. Que no le consta la afiliación al RPM ni a entidades ajenas a COLFONDOS, pero si es cierto el traslado de régimen a COLFONDOS en el año 2000, teniendo en cuenta que, se le brindó toda la información en cuanto al RAIS, además, su traslado obedeció a un acto libre y voluntario, tal y como se manifiesta en el formulario de vinculación, por lo que, no es cierto que se le dio una indebida asesoría. Que no le consta la exigencia hecha por el empleador de trasladarse del RPM al RAIS, ya que el traslado lo realizó con una AFP distinta, sin embargo, es necesario aclarar que al momento del traslado con COLFONDOS S.A. se le ofreció toda la información

en cuanto al RAIS. Que no le consta que las otras AFP no le brindaron reasesoría, pues se desconoce la información brindada ellas. Y que no le consta el cálculo actuarial anexado por la demandante. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Y presentó varias excepciones de fondo.

✓ OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.:

Frente a los hechos manifestó que es cierto la fecha de nacimiento y los empleadores en los que ha realizado cotizaciones. Que es cierto que en el 2011 se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. a la edad de 49 años, como traslado de la AFP COLFONDOS S.A. Que no es cierto que se le haya brindado a la demandante una indebida asesoría, teniendo en cuenta que, todos los asesores comerciales se capacitan para que puedan explicar de manera satisfactoria las características del RAIS. Que no le consta las afiliaciones que realizó la demandante, tampoco las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se afilió con COLFONDOS S.A. Que no es cierto que, no le fue realizada reasesoría antes del cumplimiento de los 47 años, ya que siempre se ha acompañado, se le han resuelto dudas, inquietudes y solicitudes, además, no le recaía la obligación de realizar doble asesoría, pues en el 2011, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal que contempla el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Que no le consta las supuestas omisiones por parte de COLFONDOS S.A. Que solo registra un derecho de petición, el cual fue resuelto el 17 de diciembre de 2018, dando respuesta sobre la solicitud de invalidación de la afiliación. Que no le consta las proyecciones pensionales que realizó un tercero a la demandante. Y que no le consta los hechos ni las solicitudes relacionados con entidades ajenas. Se opuso a las pretensiones, y formuló varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 23 de agosto de 2022, el Juzgado Decimoprimer Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la vinculación al RAIS de la demandante, administrado por COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.

Como argumento de su decisión, expuso que a las personas que pretender captar como afiliados, previamente debe de brindárseles información completa, clara, precisa y veraz, ventajas, desventajas y requisitos en ambos

regímenes del sistema general de pensiones, y las consecuencias que conlleva el traslado, todo esto teniendo en cuenta que deben de existir ciertas formalidades con vocación de permanencia al momento de la selección y afiliación al régimen, siendo una elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado, dado que la voluntad está íntimamente ligada al conocimiento, por lo que no existe voluntad cuando no se tiene conocimiento, debiéndose declarar el traslado ineficaz.

ORDENÓ a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de la demandante como son cotizaciones, gastos de administración (las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, el porcentaje correspondiente a garantía de pensión mínima) con todos sus frutos e intereses, y, también deberá trasladar la prima de reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia de traslado.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes de la demandante consistentes a los gastos de administración (las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima), la prima de reaseguro Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo vinculada a dicha administradora, con destino a COLPENSIONES.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A y a SKANDIA S.A a indexar los dineros a devolver por gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima), la prima de reaseguro de Fogafín y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones, y sin aplicar equivalencia alguna, igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por las AFPS con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes y demás información importante que los justifique.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir los dineros entregados por SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., y reactivar la afiliación de la actora al RPM sin solución de continuidad.

DECLARÓ no prospera las excepciones.

ABSOLVIÓ a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora.

Y, CONDENÓ en costas procesales a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y a COLPENSIONES.

• **APELACIONES:**

✓ SKANDIA S.A.:

La apoderada de la entidad interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida de forma parcial, específicamente a la condena impuesta para que devuelva a COLPENSIONES por concepto de cuotas o gastos de administración, porcentaje de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, debidamente indexados, toda vez que, en ambos regímenes pensionales, específicamente en el RAIS se puede descontar un porcentaje del ingreso base de cotización lo cual se va a utilizar para financiar unos gastos de administración en los dos regímenes, prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, y una prima de reaseguros de Fogafín. Que se debe de tener en cuenta que se debe realizar una ponderación o un estudio respecto de conceptos como restituciones mutuas, confianza legítima y buena fe. Que SKANDIA S.A. ha actuado de buena fe, administrando de forma correcta la cuenta de ahorro individual. Que la comisión de administración está direccionada a retribuir todas las actividades que desarrolla las instituciones pensionales, y esta no es del afiliado y tampoco está destinada a financiar la pensión de vejez, y porque la ley dispone que dichos porcentajes están a favor de las administradoras de pensiones, por lo que ordenarle a SKANDIA S.A. que devuelva estos porcentajes sería generarle a COLPENSIONES un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido. Que SKANDIA S.A. cumplió con generar una rentabilidad acorde con las directrices legales, por lo que no resulta procedente tener que reintegrar una comisión de administración

cuando en el ejercicio legítimo se ha cumplido con todas las obligaciones. Que respecto de las primas de seguro de invalidez y sobreviviente, tampoco es procedente que SKANDIA S.A. tenga que asumirlas, ya que esta tiene cobertura y se cubren los riesgos, y además la aseguradora no ha sido llamada en garantía, y tendría que ser SKANDIA S.A. quien cumpla de su propio patrimonio esta obligación. Y que, respecto de devolver estos dineros de manera indexada, resulta incompatible ordenarla sobre algún dinero que es para devolver, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, ha generado unos rendimientos.

✓ COLPENSIONES:

Interpuso recurso de apelación con el fin de que se modifique la sentencia, teniendo en cuenta que es necesario que se cambie el esquema de responsabilidad que le otorga la carga económica y prestacional a COLPENSIONES, por cuanto se está trasgrediendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema y el principio de legalidad y confianza legítima por cuanto no se tiene la obligación de soportar cargas que fueron creadas por la desatención del fondo privado, es por esto, que ante el eventual pago de las prestaciones económicas, debían de estar a cargo en un 100% por el fondo privado bajo los parámetros del RPM, o en su defecto los valores que se transfieren que le sirvan para cubrir el montón total de una eventual prestación que se le reconozca a la demandante. Y que en cuanto a las costas procesales solicita que se revoque dicha condena ya que la entidad no incurrió en la desatención de sus obligaciones, y se está transgrediendo nuevamente el principio de sostenibilidad financiera y descapitalizaría infundadamente a COLPENSIONES.

Así mismo, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

• **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

La apoderada de la entidad indicó en sus alegatos que, se modifique y revoque parcialmente la decisión de primera instancia, por cuanto los decretos 663 de 1993, 692 y 720 de 1994, regulan y otorgan las responsabilidades exclusivas a cargo de los fondos privados y no de Colpensiones. Que no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar principios que coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados que deben de ser distribuidos de acuerdo a las necesidades de la población y buscando la efectividad de los derechos. Que, con la eventual orden de tenerlo como afiliado al RPM, se estaría atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que la demandante posteriormente podrá acceder a una pensión de vejez, aun cuando dichas cotizaciones, nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones del RPM, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculado al RAIS y COLPENSIONES tuviera que entrar a cumplir una obligación de hacer, que en este caso lo sería afiliar a la demandante el RPM sin solución de continuidad e igualmente debe reconocer la pensión de vejez, desarrollando una obligación directa de pago, que en este caso es la prestación pensional asegurada. Que COLPENSIONES no tiene la obligación de soportar las cargas que fueron creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado, es por esto, que el eventual pago de una prestación económica, debe de estar a cargo en un 100% del fondo privado. Que se deben recalcular los valores a transferir a Colpensiones, de tal forma que se cubra en su totalidad el eventual monto que se le tenga que reconocer a la demandante en el RPM por la prestación económica de vejez. Que no resulta razonable que los fondos privados se enriquezcan con base a su falta de responsabilidad. Y que se debe revocar la condena en costas procesales, toda vez que, Colpensiones es un sujeto ajeno al presente litigio, pues no incurrió en la desatención de sus obligaciones para generarlo.

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 de la señora MÓNICA LÓPEZ OCHOA a COLFONDOS S.A fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la

ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; *iii)* la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; y *iv)* la imposición de costas procesales a COLPENSIONES

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

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

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

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

- (i) Brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
- (ii) La información debe ser completa y comprensible. Y,
- (iii) La información debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos:

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.

- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

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

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, en el interrogatorio de parte se desprende que, se trasladó del ISS a COLFONDOS S.A. en el año 2000. Que inició a trabajar en febrero del 2000 y la empresa le mando todos los formularios para que los firmara y los envió a las oficinas, por lo que no tuvo asesoría por parte del fondo privado. Que como apenas estaba iniciando un nuevo empleo, firmar el formulario era una exigencia. Que cuando se trasladó a SKANDIA S.A., uno de los accionistas de la empresa de donde laboraba, le solicitó el favor de que recibieran unos asesores y que ojalá se trasladaran para ayudarle al asesor, se reunieron y les dieron una charla de 10 minutos. Que se le dijo que en el régimen privado podría pensionarse a una edad más temprana y mejor salario. Que no realizó ningún tipo de preguntas sobre la información que se le estaba brindando. Que le entregaron el formulario diligenciado y simplemente firmó, pero no fue una asesoría, fue tan solo una charla. Que en el año 2018 tenía 56 años y se acercó a las oficinas de SKANDIA S.A. para averiguar sobre su pensión y le dijeron que se jubilaría con un salario mínimo. Que no conoce el valor exacto del valor de la pensión con COLPENSIONES. Que recibe extractos, pero son muy enredados y no los entiende. Que no se le habló sobre rendimientos. Que no le hablaron sobre beneficiarios. Y que su motivación para retornar a COLPENSIONES es porque se siente engañada ante la información que le dieron.

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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por COLFONDOS S.A. ni por SKANDIA S.A., toda vez que, pese a que las entidades administradoras anexaron los documentos visibles de folios 64 y 33, respectivamente, del expediente digital, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por la demandante, que permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que estos documentos no son prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

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

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante firmara 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.

Se repite 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 tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS de la actora fue el 16 de marzo de 2000 a COLFONDOS S.A., 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, tendrá 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 la actora 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 de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

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 a COLFONDOS S.A. en el año 2000, 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 COLFONDOS S.A., como primer fondo que recibió a la demandante, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

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

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

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

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

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.

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.

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

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

³ 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.

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

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que la sentencia está siendo revisada en consulta, todas las órdenes de los conceptos a trasladar por parte de los fondos privados, será **CONFIRMADA** en su integridad.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021 ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar., debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para 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.

iv. Imposición de costas procesales.

Con relación a las **COSTAS PROCESALES** impuesta a COLPENSIONES, debe indicar la Sala que no es procedente tal condena, toda vez que, el origen

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

de la discusión se da en razón de la conducta de COLFONDOS S.A. como primer fondo al que se trasladó la demandante y contra SKANDIA S.A. donde aún permanece, administradoras del RAIS contra quienes fue dirigida la pretensión principal, siendo COLPENSIONES, convocado al proceso con el fin de que una vez sea definida la controversia, reciba los valores devueltos por los fondos privados, de igual forma, cabe advertir que no es competencia ni prerrogativa de COLPENSIONES, declarar la ineficacia de traslado oficiosamente, toda vez que la obligación nace en virtud de esta sentencia, pues no fue la causante de la falta de asesoría en el traslado, por lo que será **ABSUELTA** de las costas procesales de la primera instancia, y en tal sentido se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** 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.

Las costas de la primera instancia solo serán a cargo de COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. En esta instancia son a cargo de SKANDIA S.A. al no salir avante su recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.160.000.

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 **COLFONDOS S.A.** y posteriormente a **SKANDIA S.A.**

SEGUNDO: Se **REVOCA** en lo que tiene que ver con las costas procesales impuestas en primera instancia a **COLPENSIONES**, para en su lugar **ABSOLVER** a esta entidad de tal condena.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dijo 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	Mónica López Ochoa
DEMANDADO	Colpensiones, Old Mutual hoy Skandia S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-011-2019-00028
DECISIÓN	Revoca y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/147> 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 23 de febrero de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 23 de febrero de 2023 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO