



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, once de diciembre de dos mil veintitrés

23-313

| | |
|---------------|---|
| Proceso: | APELACIÓN SENTENCIA |
| Demandante: | JORGE ELIECER POLO CERÓN |
| Demandado: | COLPENSIONES –COLFONDOS S.A. – SKANDIA S.A.. |
| Radicado No.: | 05001-31-05-008-2019-00375-01. |
| Tema: | Ineficacia Traslado |
| Decisión: | CONFIRMA SENTENCIA |

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

Se reconoce personería para representar los intereses de COLFONDOS S.A. a la doctora PAOLA CAROLINA GARCÍA PINTO identificada con C.C. No. 1.022.399 y portadora de la T.P. No. 328.105 del C.S de la J.. conforme sustitución de poder que le hiciera el doctor JUAN FELIPE CRISTÓBAL GÓMEZ ANGARITA, identificado con c.c. 1.018.423.197 y TP. 223.559 del C.S. de la J, como representante legal de la sociedad GOMEZ MEZA ASOCIADOS S.A.S., según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que acompañó, y de conformidad con la Escritura Publica No. 5.034 del 28 de septiembre de 2023, suscrita en la notaria 16 del circulo de Bogotá.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 40** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la parte actora mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EN SÍNTESIS, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:

- ✓ Que nació el 10 de agosto de 1955 por lo que en la actualidad cuenta con más de 63 años de edad y en toda la vida laboral ha cotizado 1.991 semanas cotizadas.
- ✓ Que estuvo afiliado en el Régimen de prima media desde 1979
- ✓ Que en 1997 cuando laboraba en el IDEAM, ante el surgimiento de los fondos de pensiones se permitió el ingreso de asesores de COLFONDOS S.A. quienes lo persuadieron con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional para que realizara el traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual, al indicarle que allí tendría derecho a un bono pensional que podría utilizar a su antojo en el momento que quisiera, que podría pensionarse a cualquier edad, que en caso de fallecer sus aportes podían ser heredados, pero no le explicó que era un bono pensional, ni como podría acceder a estos beneficios, pues no le indicó cuales eran las características del régimen al cual se estaba trasladando ni sus diferencias con el de prima media, así como tampoco le dijo cuáles eran las ventajas y desventajas de uno y otro.
- ✓ Que nunca le dijeron que si quería regresar al régimen de prima media debía hacerlo antes de que le faltaran 10 años para la edad pensional.
- ✓ Que en el año 2006, la asesora que tenía en COLFONDOS, fue a su trabajo para trasladarlo a OLD MUTUAL, fondo al que esta se había ido a laborar, persuadiéndolo nuevamente para que se trasladara sin brindarle la información adecuada y sin tener en cuenta que tenía 51 años de edad, por lo que estaba a portas de cumplir la edad límite para poder trasladarse de régimen.
- ✓ Que en 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, obteniendo una respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas SKANDIA S.A. y COLPENSIONES el derecho pretendido oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. Mientras que COLFONDOS presentó escrito allanándose a las pretensiones de la demanda conforme al artículo 98 del C.G. del P.

Inicialmente se pronunció SKANDIA S.A. aceptando lo relativo a la fecha de nacimiento del actor, el número de semanas cotizadas, que este estuvo en el régimen de prima media y posteriormente se trasladó a COLFONDOS en 1997, aclarando que desconoce todas las circunstancias que rodearon dicho traslado o la información brindada al actor. Así mismo aceptó que el actor se trasladó a SKANDIA en 2006, aclarando que en dicho momento se le brindó la información adecuada, clara, además de indicarle los efectos y consecuencias del traslado de régimen poniéndole de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos y que es por ello que la afiliación se realizó libre de engaño y sin presión alguna. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

Finalmente COLPENSIONES únicamente aceptó la fecha de nacimiento del actor y la solicitud de afiliación a dicho régimen que presentó en 2019 a la cual se le dio respuesta negativa. Respecto a los demás indicó que no le constan o se trata de apreciaciones de la parte actora que deberán probarse.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de junio de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ a COLFONDOS S.A.** que en el término de un mes a trasladar a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo cargo a sus propios recursos, indexados.

Así mismo **ORDENÓ a SKANDIA S.A.** en el término de un mes trasladar a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos debidamente indexada.

Dispuso que al momento de cumplir la 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 y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas y reactivar la afiliación del actor en el RPM.

Condenó en costas a COLFONDOS S.A. fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV a favor del demandante.

Dentro del término concedido los apoderados de SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. presentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, carga de la prueba que el fondo no cumplió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas por la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN SKANDIA S.A.

Señaló que no está de acuerdo con la orden de devolución de gastos y administración y primas del seguro previsional, debidamente indexado, toda vez que cuando se creó la Ley 100 de 1993 y se creó el régimen de ahorro individual, en el artículo 20 se estableció como se debían distribuir las cotizaciones y de conformidad con esas normas, se puede colegir que es el 3% se destina a cubrir los tópicos de pensiones como los gastos o la comisión de administración y el pago del de la prima para el seguro de invalidez y sobrevivencia, por lo que ordenar el reintegro de la comisión de administración constituye una violación del principio constitucional de buena fe, confianza legítima y el debido proceso, pues se ordena judicialmente volver, una suma que tiene un titular definido legalmente, dado que la comisión de administración no es un rubro que esté destinado a la financiación de la pensión o que vaya a tener un impacto en el reconocimiento prestacional del demandante, sino que es una retribución económica que la misma ley establece para efectos de la administración de la cuenta ahorro individual del demandante y en este caso, pues lo que claramente se puede observar es que la administradora de pensiones, cumplió con su deber de administrar correctamente la cuenta de ahorro individual. En el mismo sentido, señaló que en lo que

refiere a la prima del seguro previsional, este es un porcentaje que ya se pagó a la aseguradora respecto de una cobertura de la cual el afiliado se ha visto protegido durante toda su afiliación con SKANDIA y en el evento en que se en que se viese configurado un siniestro por invalidez o por muerte, igualmente estaría cubierto y sería la aseguradora la cual está vigente para dicha fecha, quien debe entrar a asumir esa suma adicional si se llegase a causar y por esta razón, no es procedente ordenar el reintegro de dichas sumas con cargo a la AFP.

De otro lado, manifestó que no es procedente la indexación ordenada, teniendo en cuenta lo relacionado a la sentencia SL no 9316 con fecha del 23 de julio del 2016. Magistrado ponente, Gerardo Botero Zuluaga, donde se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, por lo que teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que debe cumplir las administradoras de fondos de pensiones, se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de todos sus afiliados, resulta entonces incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta ahorro individual del actor no se vieron afectados por la inflación en ningún momento y siempre generaron rendimientos.

2.2.2. APELACIÓN COLFONDOS S.A.

Señaló que debe revocarse la declaratoria de ineficacia además de que no es posible que se ordene a la AFP la indexación de los conceptos que llegaren a devolverse al régimen de prima media con prestación definida porque los rendimientos generados por la AFP fueron superiores a los que se hubieren podido generar en Colpensiones si la parte nunca se hubiera trasladado de régimen. Además señaló que es excesiva la imposición de la indexación ordenada en primera instancia, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia, tal y como lo analizó el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 24 de junio 2021, dentro del proceso de clara Iglesia Rodríguez Muñoz.

Agregó que también la Corte Constitucional en sentencias de SU- 062 del 3 de febrero de 2010 le impuso la obligación al ISS hoy Colpensiones de informarle a la afiliada cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con ese un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentar se la misma será la parte demandante quien la asuma y no Colfondos.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron alegatos tanto la parte actora como las entidades demandadas reiterando los argumentos esbozados en la demanda y en las contestaciones de la demanda.

En primer lugar COLPENSIONES insistió en la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y que en caso de declararse se debe ordenar a la AFP, que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional debidamente indexados. Por su parte SKANDIA reiteró que no es procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, dado que estos descuentos se hicieron conforme a la Ley y con una destinación específica reiterando lo indicando en el recurso de alzada. Así mismo COLFONDOS también insistió en que no procede la declaratoria de ineficacia ni nulidad del traslado pues no se dan los presupuestos legales para esto, haciendo un recuento jurisprudencial frente al deber de información y la ineficacia de los actos jurídicos. Agregó que no es procedente la ordenar la devolución de los rendimientos financieros que produjeron los aportes de la afiliada en el RAIS ni las primas de seguro previsional.

De otro lado el demandante solicitó se confirmara la decisión de primera instancia dado que se dan los presupuestos jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS por la omisión en el deber de información por parte de las AFP.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a las AFP demandadas y si los mismos deben ser indexados.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de apelación, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la

SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que algunos fondos privados brindaban, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° 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, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|--|---|
| Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo | Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los |

| | | |
|-------------------|--|--|
| y doble asesoría. | 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | representantes de ambos regímenes pensionales. |
|-------------------|--|--|

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por el demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente el 17 de junio de 1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A. (fl. 37 archivo 03 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información** y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios pero sin explicarle como podían acceder a ellos, y la supresión de CAJANAL, donde venía afiliado como empleado público, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración.

Y es que expresamente el señor JORGE ELIECER POLO CERÓN en el interrogatorio absuelto indicó que es ingeniero industrial que en la actualidad labora en la Oficina de Planeación del Instituto del IDEAM. Adujo que decidió presentar esta demanda porque cuando él se trasladó a los fondos de pensiones lo hizo precisamente porque en esa época le dijeron que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN se iba a acabar, que estaba quebrada y que se iban a quedar sin lo de la pensión, por lo que un día en la oficina de personal del IDEAM les informaron que llegaron los asesores de los fondos de pensiones y para que no se quedaran sin sus aportes a pensión, porque CAJANAL se liquida, era mejor pasarse y llegaron con unos formularios que tenían que afiliarse a algún fondo, al que fuera, entonces le pasaron un formulario y él firmó el suyo y se afilió a COLFONDOS.

Señaló que la afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA, se dio porque la asesora que tenía asignada en COLFONDOS, ELENA PABON, se pasó a SKANDIA y ella les dijo que si se pasaban tenían derecho a pensionarse a cualquier edad, que al final se nos daba un bono con el que podíamos poner algún negocio o se les devuelve el efectivo, le dijo que ese fondo era igual al otro, pero que allí ella estaría pendiente de su cuenta, por lo que él se pasó. Indicó que cuando los asesores les dieron la asesoría en el IDEAM, él firmó el formulario, la asesoría fue de forma grupal duró como media hora, en la cual les explicaron los beneficios de los fondos. Adujo que posteriormente cuando estaba cerca de la pensión fue que se enteró que sus aportes generan rendimientos, porque antes de eso no se interesaba mucho. Manifestó que no conoce los requisitos para pensionarse en el régimen de ahorro individual ni en el régimen de prima media.

De otro lado dijo que antes de trasladarse a un fondo de pensiones estaba afiliado a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN que era donde lo afiliaban directamente el IDEAM, pero nunca estuvo en el ISS, estaba en CAJANAL como empleado público. Adujo cuando estaba en CAJANAL sabía que su pensión dependía del cumplimiento de un número determinado de semanas y la edad, pero cuando ingresó al fondo de pensiones privado no sabía que su pensión dependería de un monto de capital y de determinada edad, pero tampoco le preguntó al asesor de que dependería su pensión, porque cuando él se afilió a COLFONDOS le faltaba mucho tiempo para pensar en la pensión.

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación por parte del asesor.

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS el demandante no fue informado sobre las implicaciones de su traslado, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el

obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que lograrse alcanzar durante su vida laboral

Por consiguiente, es claro que era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Es importante señalar que si bien para la época de los hechos aquí analizados el señor JORGE ELIECER POLO CERÓN se encontraba afiliado a CAJANAL debido a su calidad de servidor público al servicio del IDEAM, lo cierto es que de permanecer en dicha entidad y en virtud de la liquidación de tal caja, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 habría sido afiliado al otrora ISS, entidad que mediante Decreto 2013 de 2012 fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones, de ahí que su retorno al régimen de prima media se realice a Colpensiones.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del señor JORGE ELIECER POLO, quien inicialmente se vinculó a COLFONDOS S.A. en 1997 y posteriormente se trasladó a SKANDIA S.A. (fl. 37 y 51 archivo 03 del expediente digital) siendo el fondo donde actualmente permanece. Lo anterior por cuanto, de un

lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989,

providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien acertadamente ordenó a SKANDIA S.A. devolver todos los valores antes referenciados.

Así mismo estima la Sala que fue acertada la decisión del a quo de extender la orden de devolver los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) a COLFONDOS, por el tiempo en que permaneció afiliado el demandante en dicho fondo, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es SKANDIA S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en COLFONDOS.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital

destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

En otras palabras, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

En cuanto a los rendimientos causados, los mismos NO están llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital}$ – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, como de forma acertada lo indicó la a quo.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema.

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las AFP demandadas y a favor del demandante.

¹ Concretamente dispusieron que: *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.*

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

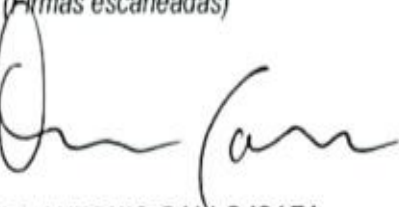
Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 27 de junio de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JORGE ELIECER POLO CERÓN** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.298.515 contra **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de las AFP demandadas y a favor del demandante

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **JORGE ELIECER POLO CERÓN**
Demandado: **COLPENSIONES –COLFONDOS S.A. – SKANDIA S.A..**
Radicado No.: **05001-31-05-008-2019-00375-01.**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **11/12/2023**

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/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **12/12/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario