



SENTENCIA

| | |
|-------------------|---|
| PROCESO | Ordinario laboral |
| DEMANDANTE | Camilo Alberto Arango Botero |
| DEMANDADO | Colpensiones y Colfondos |
| RADICADO | 05-001-31-05- 009-2019-00565 |
| TEMA | Ineficacia de traslado |
| DECISIÓN | Revoca, adiciona, modifica y confirma sentencia |

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **209** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **CAMILO ALBERTO ARANGO BOTERO** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA -COLFONDOS-** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con radicado **05-001-31-05-009-2018-00683**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **SANTIAGO MUÑOZ MEDINA**, obrando en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **ANA MARIA NÚÑEZ OCHOA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.527.806, y portadora de la tarjeta profesional N° 133.395 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

El demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A. Como consecuencia, que se permita la afiliación a COLPENSIONES, debiéndose entender sin solución de continuidad desde la fecha de afiliación al sistema general de pensiones, y que se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos financieros, debiendo ser aceptados por COLPENSIONES. Y se condene a las costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de las pretensiones indica que nació el 25 de septiembre de 1963. Que se vinculó inicialmente al sistema general de pensiones el día 19 de mayo de 1994. Que suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. y no al régimen de prima media, debido a la oferta presentada por un ejecutivo comercial de dicha entidad. Que se afilió a COLFONDOS, con la convicción de acceder al derecho pensional en los términos ofrecidos por el fondo privado de manera anticipada, pero se le omitió especificar las condiciones de la pensión anticipada. Que el fondo privado no hizo énfasis en temas técnicos y determinantes en la construcción de la pensión, ni se le explicó sobre los rendimientos generados, como tampoco de ningún otro concepto. Que solicitó la proyección a un consultor privado, siendo mucho más beneficiosa la pensión en el régimen de prima media. Y que elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES, la cual fue resuelta de forma negativa.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLFONDOS S.A.:

La apoderada judicial de la entidad accionada, manifestó que se allanaba a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del Código General del Proceso, solicitando que no se impusieran costas judiciales, al no presentar oposición a la demanda.

✓ COLPENSIONES:

Frente a la demanda interpuesta señaló que es cierto la edad del actor, y la afiliación en el año 1994, la cual fue el 11 de febrero de 1994 y no 19 de mayo de 1994. Que no le consta la afiliación a COLFONDOS, como tampoco la información suministrada por este fondo. Y que es cierta la solicitud elevada de traslado, la cual fue rechazada. Se opuso a las pretensiones. Y como excepciones planteó la de improcedencia de la declaración de ineficacia, prescripción, buena fe, entre otras.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 29 de octubre de 2020, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, **APROBÓ** el acto de conciliación parcial entre COLFONDOS y el demandante, con respecto de la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado que realizó el actor al régimen de prima media al de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A., realizado el 31 de diciembre de 1994, sin ser aceptada la conciliación frente a los efectos jurídicos de la ineficacia.

DECLARÓ en consecuencia de lo anterior, que el demandante ha estado vinculado al régimen de prima media, sin solución de continuidad.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes incluidos los rendimientos económicos que tiene en la cuenta el actor, los cuales fueron realizados desde el 1° de febrero de 1995 y hasta la fecha.

ORDENÓ a COLPENSIONES a recepcionar los aportes y rendimientos económicos trasladados por COLFONDOS S.A., los cuales deberán ser tenidos en cuenta en la historia laboral, para todos los efectos prestacionales que les puedan asistir a futuro.

Y, **CONDENÓ** en costas a COLFONDOS S.A.

- **CONSULTA:**

La presente sentencia no fue recurrida por ninguna de las partes, por lo que se remitió a este Tribunal para ser revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Dentro de sus alegatos, COLPENSIONES manifiesta, que conforme a lo probado en el proceso, la entidad no tuvo ninguna injerencia en el traslado que realizó la parte actora del RPM a la AFP del RAIS, el día 31 de diciembre de 1994, a través de COLFONDOS S.A. Que la declaratoria de la ineficacia, conlleva además unas consecuencias, tales como, que se asuma que la persona siempre estuvo afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, con la obligación a cargo del fondo privado de trasladar a COLPENSIONES, no sólo las cotizaciones, de conformidad con lo prescrito en el artículo 20, inciso 1° de la Ley 100 de 1993, sino también las cuotas de administración que consagra el inciso 2° del mismo artículo, el cual hace referencia a la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados, indicando para tales efectos, que el 3% del ingreso base de cotización será destinado “a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”, resaltándose que antes de la expedición de la ley 797 de 2003, y de conformidad con la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración en favor de éstas entidades era del 3.5%. Y que de no ordenarse el traslado de todos estos conceptos, se presentaría un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de COLPENSIONES.

- **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 “*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe señalarse, antes de revisar los problemas jurídicos, es que si bien el juez de primera instancia, aprobó la conciliación entre

COLFONDOS y el demandante, en lo referente solo a la declaratoria de ineficacia de traslado, lo cierto es que el examen de esta pretensión respecto de COLPENSIONES también debió ser analizado, toda vez que no se puede desligar dicha conciliación con las consecuencias jurídicas que ello conlleva, esto es, la aceptación nuevamente como afiliado al fondo público sin solución de continuidad, contrariando la norma que prohíbe dicho traslado, y los efectos de retrotraer todo lo aportado en el fondo privado, lo cual afectan directamente los intereses de COLPENSIONES, haciendo la claridad que esta entidad no esté legitimada en la causa para declarar la ineficacia, por lo que esta Sala, para corregir dicho yerro jurídico, analizará en grado jurisdiccional de consulta, lo correspondiente a la ineficacia del traslado del actor.

Ahora bien, los problemas jurídicos a revisar de conformidad en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor CAMILO ALBERTO ARANGO BOTERO a COLFONDOS, 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 el fondo privado; *iii)* Y, la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

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

debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

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

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

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

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

de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,

- (iii) La carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

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

- (i) Desde la fundación de las AFP.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

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

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon la afiliación, del interrogatorio de parte se desprende que el demandante cuando empezó a trabajar en Cafesalud en mayo de 1994, estaba afiliado al Seguro Social, pero que su traslado obedeció a que llegaron unas personas de Colfondos a decirle que se pasara de régimen, debido a que el Seguro Social se iba a quebrar, que iba a tener una mejor pensión y se podía pensionar mas joven. Que la asesoría realizada fue individual a través de una asesora, la cual le dio una charla de 10 a 15 minutos, en donde le repetía que se iba a pensionar más joven, y que le firmara el formulario. Que su salario para la fecha de traslado

era el mínimo más las comisiones, devengando hoy en día un salario alrededor de los 13 millones de pesos. Que se dio cuenta de las desventajas de Colfondos, cuando cumplió los 50 años, cuando solicitó el traslado a Colpensiones, llegándole una carta respondiendo de manera negativa. Y que también realiza aportes voluntarios a Protección S.A., porque la contadora se lo sugirió.

Pues bien, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que se anexó el documento visible de folio 21 del expediente digital, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por el actor, lo cual permite pensar en un principio que sí existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente al accionante se le haya brindado una completa asesoría, acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial, anterior a la materialización del consentimiento, consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que, lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones

que pretendía captar al demandante como su afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que el demandante firmara el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que el actor conociera las consecuencias que implicaba 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.

Con respecto a la información que se le debía brindar al demandante para la fecha de traslado o afiliación al RAIS, 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, la afiliación al RAIS del actor fue el 19 de mayo de 1994, 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.

En el presente caso vale la pena precisar, que el demandante como lo manifestó el juez, si veía de una afiliación al Seguros Social, por lo que no se debe entenderse como selección inicial del régimen pensional, la afiliación al régimen de ahorro inicial como se dice en la demanda.

Se tiene entonces que, COLFONDOS S.A., no cumplió con la carga de probar el haber realizado en esa etapa previa a la suscripción del formulario, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con la situación particular, como efectivamente lo expuso el fondo privado al allanarse a las pretensiones, actuación que es disímil a los efectos de una conciliación, por tanto, debe concluirse que es desde allí que la afiliación resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **REVOCAR** la sentencia de primera instancia en tal sentido, y en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia de traslado efectuada a COLFONDOS, por incumplimiento al deber de información exigido por la ley, debiendo COLPENSIONES recibir al actor en el régimen de prima media sin solución de continuidad.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Ahora bien, respecto a los motivos de inconformidad expuestos en la apelación de PROTECCIÓN S.A., con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, 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 traslade a Colpensiones: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a

gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Al ser analizado el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta y atendiendo a los alegatos interpuesto por Colpensiones, hay que resaltar 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.”*

Por lo anterior, además de lo ordenado por el juez, COLFONDOS S.A deberá devolver lo correspondiente a **las cuotas de administración y seguros previsionales**, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estos conceptos debidamente indexados, con cargos a sus propios recursos, así mismo, lo destinado al **Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose en este sentido, **ADICIONAR** la sentencia. No obstante, el traslado de estos conceptos deberá ser efectuado desde el **19 de mayo de 1994**, fecha que figura en el formulario de afiliación del demandante a COLFONDOS, debiéndose **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia en tal sentido.

i. 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, 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.

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.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. En esta no se causaron.

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 **REVOCA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la conciliación realizada, y en su lugar, se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A.**, teniéndose como válida la afiliación efectuada al régimen de prima media sin solución de continuidad, como quedó dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver al fondo público, y en su lugar, se le **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.** trasladar además de lo ordenado por el juez, lo correspondiente a las cuotas de administración y seguros previsionales, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, ambos concepto debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, así como también, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016.

TERCERO: Se **MODIFICA** la sentencia de primera instancia, en el sentido de trasladar todos los conceptos, a partir del 19 de mayo de 1994, como se dijo en la parte considerativa de esta decisión.

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

QUINTO: Costas procesales como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia.

Se notifica lo resuelto por **ESTADOS**. 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

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN - SALA LABORAL - HACE CONSTAR

Que la presente providencia se notificó por
estados N° 113 del 30 de junio de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>