



REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Ocho (08) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105003- 2021-00168-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	ANDREA BEATRIZ EUGENIA MUÑOZ GOMEZ
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ SKANDIA S.A.▪ COLFONDOS S.A.
Llamada en garantía:	<ul style="list-style-type: none">▪ MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	79

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia No. 28 emitida el 29 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, **el grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES, dentro del asunto de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante se declare la ineficacia y/o la inexistencia de la vinculación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS COLFONDOS y SKANDIA. En consecuencia, se ordene **i)** a COLFONDOS Y/O SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los valores de los aportes efectuados y/o valores de

la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones a los fondos privados, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado, así como también, los gastos de administración; **ii)** a COLPENSIONES aceptar la afiliación de la demandante y recibir los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieran causado en el fondo privado; y finalmente se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 16 – Archivo PDF: “03Demanda” – Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

En auto No. 943 de 08 de agosto de 2022, se aceptó el llamamiento en garantía que efectuó la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Archivo PDF: “03AutoAceptaLlamamientoGarantía” – subcarpeta “C2.LlamamientoGarantía” Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.¹, COLFONDOS S.A.², COLPENSIONES³, y la vinculada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁴, dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducir *in extenso* las piezas procesales en comento (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

El *A quo* emitió sentencia No. 28 proferida el 29 de mayo de 2023. Providencia que, en su parte resolutive, dispuso: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., efectuada el 1 de diciembre de 1994, e igualmente el traslado posterior a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. suscrito el 6 de marzo de 2000. **Segundo**, declaró que, para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de

¹ Archivo PDF: “06ContestacionSkandia” – Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

² Archivo PDF: “08ContestacionColfondos” – Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

³ Archivo PDF: “09ContestacionColpensiones” – Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

⁴ Archivo PDF: “04ContestacionLlamamientoGarantía” – Subcarpeta: “C2.LlamamientoGarantía” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima y primas de seguros previsionales, con la debida indexación. **Cuarto**, ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por SKANDIA S.A., correspondientes a la demandante. **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas. **Sexto**, Negó las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA S.A. a MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. **Séptimo**, condenó en costas a los fondos privados de pensiones. (...)

Para adoptar tal determinación, adujo que, en el expediente no fue posible verificar que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hubiera cumplido con el deber de suministrarle a la actora, de manera clara y precisa, los eventos favorables y desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar la demandante que dicha información le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado demostrar que si cumplió con la misma. En ese entendido, se generó la ineficacia del traslado al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse el fenómeno prescriptivo.

4. Recursos de apelación.

4.1. Apelación SKANDIA S.A.

Reprochó la declaratoria de ineficacia señalando que la AFP cumplió con el deber de información que le imponía la Ley para la data de afiliación, por lo que no hay lugar a tal declaratoria, resalta que la demandante ratificó su voluntad de permanecer afiliada en el RAIS, no solo a través de la suscripción del formulario de afiliación con SKANDIA S.A., como traslado de régimen, si no también, cuando hizo su traslado horizontal a COLFONDOS S.A. Frente a la orden de trasladar a COLPENSIONES los descontado por concepto de **gastos de administración**, señalando que, con dichos ordenamientos, se desconoce que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Que están a cargo de las AFP's las obligaciones previstas en el artículo 20 del Ley 100 de 1993, dentro de las que se encuentra la gestión necesaria de invertir los recursos para garantizar una rentabilidad mínima en el RAIS. En suma, reclamó se revoque la condena por tales conceptos.

Finalmente refiere que no es viable la condena a la devolución de **gastos de administración indexados**, toda vez que, los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante se ganan rendimientos financieros que nunca hubieran ganado en COLPENSIONES, pues ahí únicamente se mantiene el poder adquisitivo de la moneda, mas no se gana rendimientos financieros, por eso deviene inequitativa la condena a devolver los gastos de administración indexados, cuando ya se ordenó la devolución de los rendimientos.

4.2. Apelación COLPENSIONES.

Afirma que en el fallo de primer grado se adicione el fallo en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores que se generaron como consecuencia de la afiliación de la demandante a este fondo, tales como, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, todos estos valores incluidas la sumas adicionales en caso de que se hubieran causado , todas estas sumas indexadas, en proporción al tiempo en el que la demandante permaneció afiliada a este fondo, pues de no devolverse se generaría una afectación al Sistema Pensional.

Solicita, además, se adicione el fallo en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A trasladar a COLPENSIONES lo atinente a las **sumas adicionales de la aseguradora**, en caso de que esta se hubiera causado.

Finalmente solicitó se ordene a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A que, al momento de cumplir la orden, brinde a COLPENSIONES la información de los conceptos discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio⁵, se pronunciaron, así:

5.1.1. MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S A.

Reiteró los argumentos del escrito incoatorio y solicitó se confirme la sentencia emitida en primera instancia, por haber sido favorable a las pretensiones de la demanda.

⁵ La Ley 2213 del 13 de junio de 2022 adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020.

5.1.2. COLPENSIONES

Señaló que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría al demandante, sin tener en cuenta que para el momento del traslado de la actora no les era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, en este asunto no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó la actora, pues la actora no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

Agrega que no obstante lo anterior, y en el evento en que se confirme la sentencia de primera instancia, solicita se adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores o sumas que se generaron como consecuencia de la afiliación que mantuvo la actora con esa administradora desde el 6 de noviembre de 1994 hasta marzo del año 2000, tales como aportes, rendimientos, gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora en caso de que estas se hubiesen generado, las cuales deberán trasladarse a COLPENSIONES debidamente indexadas.

Solicita la condena al traslado de las sumas adicionales de la aseguradora COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A., y que las sumas por estos trasladadas se entreguen a COLPENSIONES indexadas.

Finalmente, requiere que, al momento de cumplirse la orden, se acceda a su solicitud de ordenar a la AFP a normalizar la afiliación en el SIFP y a la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

5.1.3. SKANDIA S.A.

Solicita se revoque la sentencia, pues en su concepto SKANDIA cumplió a cabalidad con el deber de asesoría e información según la normatividad vigente para la fecha en la cual la señora Andrea Beatriz Eugenia Muñoz Gómez se trasladó de manera horizontal entre administradoras del mismo régimen.

Aduce que también quedó probada la voluntad de la demandante de continuar afiliada al RAIS, al no haber ejercido su derecho al retracto, al haber efectuado

cotizaciones por más de 28 años y haberse trasladado una vez entre administradoras del mismo régimen.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en el que se confirme la decisión, solicita que, con base en lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., se revoque la condena consistente en trasladar la totalidad de los **rendimientos financieros**, los descuentos al **Fondo de Pensión de Garantía Mínima**, los **gastos de administración y comisiones**, debido a que dicha condena desconoce el hecho de que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que constituyen un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia.

En caso de tampoco fuera procedente la petición anterior, solicita se autorice a SKANDIA a descontar de los rendimientos, los gastos en los que incurrió en favor de la Demandante, en procura de generar dichos rendimientos, bien sea i) descontando el porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que la parte actora estuvo vinculada a SKANDIA o bien ii) pagando el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

En cuanto a los descuentos realizados con destino a pagar las primas de los seguros previsionales, al igual que los descuentos destinados al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, señaló que no hay lugar a que se ordene trasladar dichos montos a COLPENSIONES por cuanto el pago de dichos conceptos se ha realizado mensualmente a una aseguradora y al mencionado Fondo, por mandato legal, para que en caso de que exista un siniestro de invalidez, sobrevivencia o vejez, proceda con el pago de la suma adicional necesaria para financiar las pensiones por dichos conceptos. Así las cosas, SKANDIA está imposibilitada para recobrar dicho pago a las correspondientes aseguradoras, y por consiguiente, en caso de que se ordene a trasladarlo a COLPENSIONES, tendría que asumirlo con cargo a su propio patrimonio, lo cual constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, en detrimento del patrimonio de SKANDIA.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

En virtud a los recursos de **apelación** y el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala establecer:

1.1. ¿Fue ajustada a derecho la decisión adoptada por el *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante del RPM al RAIS?

1.2. ¿Es acertado que, en virtud de la declaratoria de ineficacia, se haya ordenado a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES además de las cotizaciones, los rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere, gastos de administración indexados, sumas adicionales de la aseguradora, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales? y ¿Hay lugar a ordenar a COLFONDOS S.A. como AFP a la que estuvo vinculada la demandante, que también trasladen los rubros antes señalados a COLPENSIONES, por los tiempos en los que la actora afiliada a dicho fondo?

1.3 ¿La declaratoria de ineficacia comporta que las AFP, deban entregar a COLPENSIONES la documentación necesaria para el cumplimiento efectivo de los fallos judiciales?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a los fondos privados, demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS, fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1. Ineficacia del traslado de régimen pensional

La selección de uno de los regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. El literal b) del artículo 13 *ibíd*, dispone que esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su patrón. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación. Para su validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, el empleador y la AFP.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin

efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Por tanto, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los citados regímenes, así como el derecho a obtener información debida y relevante, constituyen elementos intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021, entre otras, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL3349-2021 del 28 de julio de 2021, radicación No. 88826, se sintetizó la evolución normativa del deber de información, así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las AFP's a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 (...)	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°, 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 y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales ⁶ .

En todo caso, recalcó que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto a partir del 1° de abril de 1994, por cuanto se encuentra plasmado en normas vigentes para la época. Luego, dicho proceso se ha reajustado con el propósito de que los usuarios-afiliados, tengan cada vez mayor acceso a una información que de suyo debe ser oportuna, veraz y

⁶ Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

transparente. Lo anterior, pasando de un deber de información necesaria, al de asesoría y de buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

En providencia SL3199-2021 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, se recordó que, desde su fundación, las AFP's tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Desde esa perspectiva, concluyó que las AFP's ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RAIS y del RPM.

Asimismo, reiteró que la firma del formulario de vinculación y/o traslado, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos de las AFP, tales como: “«*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*»” u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. Por tanto, el acto de traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*” (SL2937-2021).

Finalmente, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, se ha enseñado que si el usuario alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En ese sentido, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (SL3202-2021).

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES⁷, Historia Laboral Consolidada de SKANDIA S.A.⁸, Estado de cuenta de SKANDIA S.A.⁹, formulario de afiliación a SKANDIA S.A.¹⁰, Historial de vinculación de ASOFONDOS¹¹, que la demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

i) En el Régimen de Prima Media, a través de COLPENSIONES.

⁷ Pág. 3 a 6 – Archivo-PDF– “10ExpedienteActivoColpensiones.” Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

⁸ Pág. 36 a 47 – Archivo-PDF– “06ContestacionSkandia” Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

⁹ Pág. 48 a 51 – Archivo-PDF– “06ContestacionSkandia” Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

¹⁰ Pág. 35 – Archivo-PDF– “06ContestacionSkandia” Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

¹¹ Archivo-PDF– “Vinculación SIAFP CC 10531143” - Carpeta “08.AnexosContestacionporvenir” Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

ii) El 18 de noviembre de 1994, se registra traslado desde el RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1994.

iii) El 6 de marzo de 2000, se registra trasladó dentro del RAIS desde COLFONDOS S.A. a SKANDIA S.A, con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000.

Ahora bien, frente al traslado de régimen, se tiene que, desde el hecho QUINTO del libelo incoatorio, la demandante acepta que *“La afiliación a la AFP COLFONDOS por parte de mi poderdante ANDREA BEATRIZ EUGENIA MUÑOZ GOMEZ, fue suscrita en noviembre de 1994”*, circunstancia que a su vez, fue confirmada por la demandada COLFONDOS S.A., en la contestación de la demanda, y que además encuentra respaldo probatorio en las documentales enunciadas en antelación, por lo que no es objeto de discusión el traslado efectuado en la fecha antes señalada. Sin embargo, revisado el material probatorio que reposa en el plenario, advierte esta Sala Laboral, que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que el fondo privado, al momento del traslado de la accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que las documentales aportadas al expediente, solo dan cuenta de las historias laborales y las administradoras a las que ha estado afiliada la demandante.

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Además, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 3 de septiembre de 2014, radicación No. 46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió un traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido¹².

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la promotora de la acción hubiese recibido en correcta forma la información respecto del monto proyectado de la pensión, la diferencia en el pago de aportes y las consecuencias frente al monto de su pensión, así como la posibilidad de perder el régimen de transición, aspectos

¹² *“...tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se 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. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable”.*

fundamentales para el presente caso, por lo que se concluye, que para el traslado no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

En consecuencia, la determinación del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, se atempera al amplio precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL-1688-2019, SL-1689-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021), en las cuales presupone las directrices o subreglas pertinentes para que se configure la ineficacia del traslado de aquellas personas que habiendo estando afiliadas en el RPM, se trasladaron al RAIS, indicando que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al argumento referente a que se suministró la información en favor de la demandante de conformidad con las normas vigentes para la data del traslado, reiteramos que, las AFP desde su fundación e incorporación al Sistema de Protección Social, tienen el deber de proporcionar a sus potenciales afiliados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer: “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). El cumplimiento de dichas exigencias no se acredita en el *sub litium*.

Por otro lado, en sentencias SL2877-2020 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667; SL1942-2021 del 12 de mayo de 2021, radicación No. 85772 y SL3199 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen: “...*ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*”.

Adicionalmente, se advierte que la declaratoria de ineficacia, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones. Ello, por cuanto los recursos que debe reintegrar el fondo privado a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las

reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020, STL11947-2020, entre otras).

Colofón de lo expuesto, toda vez que la ineficacia del traslado priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, la demandante conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. SKANDIA S.A. como administradora de fondo privado a la que se encuentra afiliada la demandante, debe trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales -si *los hubiere*-, los gastos de administración indexados, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, indexados, del periodo en el que la demandante estuvo afiliada a esta AFP. Así mismo, COLFONDOS S.A., como AFP a la también estuvo vinculada la demandada, si aún no lo han hecho, deberán trasladar los conceptos antes señalados con destino a COLPENSIONES, respecto de los tiempos en los que la actora estuvo afiliada, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en este sentido.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.1. Bonos pensionales: El literal a) del artículo 113 del Ley 100 de 1993, prevé que cuando el traslado se produce del RPM al RAIS, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales (SL3199-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021). Dicha orden debe entenderse bajo la condición que la accionante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y estuviere bajo la administración de la AFP.

3.2 Gastos de administración indexados: La comisión de administración son valores que debieron ingresar al RPM. Máxime cuando el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En aplicación del artículo 1746 del Código Civil, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En consecuencia, si COLPENSIONES era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde al fondo privados de pensiones, asumir la devolución de estos conceptos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que la declaratoria de ineficacia obliga al fondo pensional del RAIS a devolver al RPM los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES (SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021, SL1022-2022, SL1125-2022, SL1126-2022).

Asimismo, tal como lo dispuso la *A quo* procede su reintegro **indexado** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

3.3 Porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima: El artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al RPM (SL2937-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021, entre otras).

3.4. Primas de los Seguros Previsionales: La Sala de Casación Laboral de la C.S.J., determinó la viabilidad de retornar dicho concepto al RPM administrado por COLPENSIONES. En sentencias SL4025-2021, SL4609-2021, SL3719-2021, SL5680-2021, SL4174-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, resolvió que las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deben trasladarse **de manera indexada** por parte del fondo privado, con cargo a sus propios recursos, tal y como se determinó el fallador de primera instancia.

3.5. Rendimientos financieros: El inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, prevé que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 *ibidem*, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones de dicho régimen, dependerá, entre otros, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Nótese que estos conceptos se producen por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, por lo cual, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, toda vez que el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio (SL2877-2020, SL4811-2020 y SL3199-2021). Valor que no puede equipararse con la indexación, pues esta última busca compensar y equilibrar el fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida de su poder adquisitivo, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país,

mientras que los rendimientos financieros, son los beneficios económicos que se generan con la inversión de los recursos. En consecuencia, no prosperan os argumentos expuestos por SKANDIA S.A.

Finalmente, es procedente abordar el concepto de sumas adicionales de la aseguradora. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del art. 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que, en el fallo de primer grado, no se profirió condena por esos conceptos, lo que generaría eventualmente, un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

3.6. Sumas adicionales de la aseguradora: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.

Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*” no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP’s. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 *ibídem*, lo que se observa es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.

Luego entonces, como en el *sub lite* no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, de manera que SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., deben trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado. Por ende, procede el recurso de apelación elevado por COLPENSIONES, frente a este punto y, en consecuencia, se adicionará el fallo de primera instancia.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta es **positiva parcialmente**. Frente a la solicitud elevada por la apoderada judicial de COLPENSIONES, referente a que se ordene a las AFP, la entrega de la documentación necesaria para que la administradora del RPM, pueda dar cumplimiento a los fallos judiciales, colige esta Sala de Decisión Laboral, que se

trata de un aspecto que debe entenderse incluido dentro de la declaratoria de ineficacia y traslado. Ello, por cuanto dicha orden no se cumple tan sólo con el traslado de los recursos antes aludidos, sino también con la remisión por parte del fondo privado de los documentos y archivos que dan cuenta de la vinculación, permanencia, pago de aportes y estado de la cuenta de la promotora de la acción. En tal sentido, dicho deber no es necesario que obre expresamente en el fallo que declara la ineficacia, en tanto es inherente al mismo.

5. Excepciones formuladas por pasiva

Por todo lo anterior, las excepciones de mérito formuladas por las demandadas y vinculada no tienen vocación de prosperidad. Frente a la excepción de prescripción, deviene señalar que se torna inaplicable frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional. Ello, por cuanto sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el RPM. Asimismo, resulta inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021 y SL4025-2021).

6. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de SKANDIA S.A. dado el fracaso del recurso de apelación. Frente a COLPENSIONES, no se condenará en costas dada la prosperidad parcial de su recurso. No hay lugar a imponer condena en costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia No. 28 emitida el 29 de mayo de 2023, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán., en el sentido de **CONDENAR** a SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el *A quo*,

las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado. Cada una en proporción al tiempo que la demandante estuvo afiliada a ellas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


*Firma válida
providencia judicial*
**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE**


*Firma válida
providencia judicial*
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL**


*Firma válida
providencia judicial*
**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)**

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANDREA BEATRIZ EUGENIA MUÑOZ, CONTRA SKANDIA, COLFONDOS, Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00168.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL