



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Germán Forero Garzón
DEMANDADO	Colpensiones, Colfondos S.A. y Old Mutual hoy Skandia S.A.
RADICADO	05-001-31-05-010-2019-00384
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), 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 133** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **GERMÁN FORERO GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**, y **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍA** hoy **SKANDÍA PENSIONES Y CESANTÍA S.A.** con radicado **05-001-31-05-010-2019-00384**.

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS. Y como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, frutos e intereses, así como cuotas de administración a COLPENSIONES; de igual forma, que se ordene a OLD MUTUAL a devolver las cuotas de administración al RPM por el tiempo en que estuvo afiliado a dicho fondo; ordenándosele a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación con las implicaciones legales que ello conlleva, al igual que recibir las sumas devueltas por los fondos privados. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

• **HECHOS:**

Para sustentación de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de enero de 1960, y cuenta con 1.460,14 semanas cotizadas. Que fue afiliado a Colfondos S.A. después de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, cuando laboraba al servicio de SOFASA S.A. empresa que pertenecía al mismo grupo empresarial. Que el 30 de junio de 2000, se trasladó a OLD MUTUAL. Que nuevamente regresó a COLFONDOS S.A. el 10 de septiembre de 2001. Que al momento de sus afiliaciones no se le explicó muchas características del traslado, por lo que no se le brindó una información adecuada, suficiente, clara, comprensible, oportuna y cierta para el traslado. Que le solicitó a COLFONDOS el estudio previo que le realizó, contestándole la entidad que esta se brindaba de manera verbal para dicha época. Y que le solicitó a COLFONDOS S.A. una proyección pensional, dándole respuesta la entidad con un cálculo pensional.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó que es cierta la edad y que no le constan las semanas cotizadas. Que es cierto que se trasladó al RAIS, y que actualmente se encuentra en dicho fondo. Y que no le constan los hechos que van dirigidos a los fondos privados, y se abstiene de realizar pronunciamiento alguno. Se opuso a la prosperidad de la ineficacia y frente a las demás pretensiones, se abstuvo de pronunciarse. Y planteo varias excepciones de fondo.

- ✓ OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A.:

Se pronunció frente a los hechos de la demanda manifestando que es cierta la fecha de nacimiento, pero no le constan las semanas cotizadas. Que no le consta la afiliación a otro fondo como tampoco la información suministrada por este. Que el demandante después de recibir la información suministrada por este fondo privado, decidió suscribir el formulario de afiliación. Que, en la asesoría brindada al actor, se le dio información acerca de las ventajas y desventajas, así como de las características de pertenecer a dicho fondo. Que el demandante ya tenía un conocimiento del RAIS, al haberse afiliado primero a COLFONDOS. Y que no le constan los reclamos o solicitudes elevadas por

el actor. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra, y frente a las otras no se opuso ni se allanó. Y propuso varias excepciones de mérito.

✓ COLFONDOS S.A.:

En su contestación, frente a los hechos de la demanda, expuso que no le consta la edad ni las semanas cotizadas. Que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria a COLFONDOS, siendo la primera el 24 de febrero de 1995 y posteriormente el 10 de septiembre de 2001, presentándose su afiliación como activa. Que la información dada por COLFONDOS fue suficiente, completa y veraz, sin omitir la verdad, ya que se le informó al demandante que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión. Que se le entregó información objetiva sobre el RAIS y la comparación con el RPM. Que la asesoría fue íntegra y transparente, en donde se les habló de las diferencias entre el RAIS y el RPM. Que no le constan los hechos que van dirigidos contra otro fondo privado. Que otros hechos son apreciaciones subjetivas del apoderado del demandante. Y que es cierta la solicitud elevada, pero se atiene al contenido íntegro y literal de la respuesta dada. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 13 de abril de 2021, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante realizado al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A.

Como argumento de su decisión manifestó que, los fondos privados no le brindaron al demandante una asesoría clara, suficiente y precisa respecto de las características del RAIS, siendo estos a quienes corresponde probar el deber de información y buen consejo dado al afiliado, lo cual brilla por su ausencia con las pruebas allegadas al proceso.

Como consecuencia, **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de las cotizaciones realizadas por el demandante, sin descuento de ningún tipo, como gastos de administración, garantía de pensión

mínima y comisiones, junto con los rendimientos financieros generados en su cuenta individual.

**CONDENÓ** a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., en el mismo término de 30 días a reconocer y pagar a COLPENSIONES, las cuotas deducidas de cualquier índole, como gastos de administración, garantía de pensión mínima y comisiones y los rendimientos financieros generados por el tiempo que duró la afiliación del demandante en esa AFP.

**ORDENÓ** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad, y una vez reciba los recursos provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. deberá actualizar la historia laboral de éste con todos los aportes realizados mientras estuvo afiliado al RAIS.

**DECLARÓ** improbadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.

- **APELACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia, ya que la afiliación al RAIS del demandante goza de plena validez, y solo goza inconformidad en el valor de la mesada pensional. Que la parte que afirma debe probar, pues si bien se invierte la carga de la prueba, la parte actora no puede tomar una conducta pasiva en el debate probatorio. Que la sentencia favorable a los intereses de la parte actora, viola la Constitución, y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Y que en caso de que se confirme la sentencia, se debe ordenar devolver todo el saldo de la cuenta individual sin ningún tipo de descuento y debidamente indexados.

- ✓ OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.:

Presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, toda vez que no se puede ordenar devolver los gastos de administración, ya que solo se debe devolver los conceptos que dispone el decreto 3995 de 2008 en su artículo 7. Que hay varios conceptos sobre los que se debe devolver, como lo manifestado por Superintendencia Financiera, en donde expresa que no se deben devolver los gastos de administración. Que este fondo privado en cumplimiento de la ley, ya trasladó todos los emolumentos de la cuenta individual del actor, lo cual no se puede extender con la devolución de los gastos de administración, pues la misma ley 100 de 1993, consagró la destinación que se debe cubrir el 3% de los gastos de administración, que no es otro que el cubrimiento de las pólizas por invalidez y muerte, contando el demandante con dichas coberturas. Y que, en gracia de discusión de confirmarse la sentencia, debe operar la figura de la prescripción, ya que este 3% tiene una destinación diferente a la financiación de la pensión.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Presentó sus alegatos de conclusión manifestando que no son de recibo las consideraciones realizadas por el juez, ya que el actor se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de traslado consagrada en el artículo 13 literal e de la ley 100 de 1993. Que la sentencia SL373 de 2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual. Que el demandante en el desarrollo del proceso no demostró por ningún medio probatorio que ejerció de manera oportuna las acciones jurídicas tendientes a regresar al Régimen de Prima Media, que hizo uso del derecho de retracto, como tampoco se trasladó dentro del año de gracia otorgado con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. Que la sentencia favorable a los intereses del demandante viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones,

poniendo en peligro la seguridad social de los demás afiliados. Y que en el caso de que se confirme la sentencia de primera instancia, se debe ordenar al fondo privado trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional.

✓ DEMANDANTE:

En sus alegatos, manifestó que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, respetando el precedente del órgano de cierre. Que no se probó por parte de las administradoras de pensiones, que al actor se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado. Que el artículo 271 de ley 100 de 1993, de manera categórica dispuso que cualquier persona natural o jurídica que atente en cualquier forma, contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de régimen, además de la multa que ello conlleva, comporta la aniquilación de la misma, con la facultad expresa de realizarse nuevamente en forma libre y espontánea, así mismo, el artículo 272, en su interpretación posible no es otro que dejar sin efectos jurídicos la recopilación de normas que articula el sistema de seguridad social integral. Y que, al acreditarse la vulneración del catálogo de bienes jurídicos tutelados al trabajador en materia de seguridad social, del cual hace parte la libre selección de régimen, ineluctablemente, se activa esa protección especial y reforzada como mecanismo purificador de ese estado de cosas irregular.

### CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación del señor GERMÁN FORERO GARZÓN a COLFONDOS S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; *iii)* 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, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado del demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la primera afiliación ocurrió al estar trabajando en SOFASA, en la década de los noventa, el área de recursos les manifiesta que la empresa les solicita trasladarse a todos de fondo de pensiones a COLFONDOS, que pertenecía a los Santo Domingo del mismo grupo. Que el asesor llegó con los formularios y el firmó el mismo. Que no fue una obligación, pero si les pidieron un favor. Que no existió una asesoría previa, solo les dijeron que se podrían pensionar a cualquier edad. Que no leyó la totalidad del formulario que solo firmó y ya. Que se pasó a OLD MUTUAL porque les manifestaron que con ellos tendrían mejor comunicación, lo cual no fue cierto, por lo que regresó a COLFONDOS, ya que en SOFASA tienen oficina interna. Que nunca se presentó a la oficina de COLFONDOS para ampliar la información pensional, que solo se acercaba para retirar la cesantía. Que, si recibía extractos de COLFONDOS, pero no los entendía. Que no se le explicó que pasaría con las semanas que tenía en el ISS, ni que los hijos podían influir en su pensión, como tampoco las modalidades de pensión. Que hace 3 años que pidió un comparativo de la pensión, y vio la diferencia tan abismal, es por tal razón que se quiere regresar a COLPENSIONES. Y que la asesoría de OLD MUTUAL solo se caracterizó en la firma del formulario, y que la misma fue de manera libre y voluntaria.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga

de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. ni COLFONDOS, toda vez que, pese a que las entidades anexaron los documentos visibles de folios 149, 191 y 192, respectivamente, del expediente digitalizado, esto son, los formularios de afiliación, mismos que el demandante suscribió, que 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 estos documentos no son 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 conociera las consecuencias que conlleva el cambio de régimen pensional.

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

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

En el caso sometido a estudio, el primer traslado al RAIS del actor fue el 24 de febrero de 1995, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Debe señalar esta corporación, que el actor realizó traslados entre fondos privados, sin embargo debe dejarse claro que esto no significa que se hubiese revalidado la decisión, toda vez que como ya se precisó la institución aplicable en este caso es la ineficacia, y ello implica que mediante actos posteriores no se pueda obtener una ratificación, convalidación o saneamiento, puesto que la consecuencia de un acto jurídico que no cumplió los requisitos legales para su formación es la carencia de efectos, por lo que la movilidad de la actora dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

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

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

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

De igual forma, también debe sumarse que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que 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.

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

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial ha identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del

artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM<sup>1</sup>.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador<sup>2</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>3</sup>, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios<sup>4</sup>, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones<sup>5</sup>.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados<sup>6</sup>.

---

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

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

<sup>3</sup> Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

<sup>4</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>5</sup> Sentencia SL-2877-2020.

<sup>6</sup>En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016<sup>7</sup>.

Por lo anterior, **COLFONDOS**, además de lo ordenado por la juez y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberán devolver los **gastos de administración**, como dijo la juez, los cuales se componen de los pagos de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, la prima de reaseguro de Fogafín, y los pagos correspondientes a la gestión de la AFP, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos; debiéndose **ADICIONAR** la sentencia en este sentido.

De igual forma, al ser resuelto el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta, y en razón de la sostenibilidad financiera del sistema, **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** como fondo al que perteneció el demandante, conforme a la jurisprudencia expuesta, y además de lo ordenado por la juez, también deberán devolver a COLPENSIONES, los **gastos de administración**, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, por el lapso de tiempo en que el actor permaneció allí, por lo que se **ADICIONARÁ** la sentencia en este sentido.

### **iii. Excepción de prescripción de la acción.**

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

---

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

cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., por no prosperar sus recursos. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, la cual se dividirá en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A.**

**SEGUNDO:** Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se condena a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, además de lo ya ordenado, los **gastos de administración**, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos.



**TERCERO:** Se **ADICIONA** la sentencia, y se le ordena a **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ya ordenado por la juez, los **gastos de administración**, debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos, **por el lapso de tiempo que el actor permaneció allí**.

**CUARTO:** Las costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ**



**SECRETARÍA SALA LABORAL**

**EDICTO VIRTUAL**

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

<b>PROCESO</b>	Ordinario
<b>DEMANDANTE</b>	Germán Forero Garzón
<b>DEMANDADO</b>	Colpensiones, Colfondos S.A. y Old Mutual hoy Skandia S.A.
<b>RADICADO</b>	05-001-31-05- <b>010-2019-00384</b>
<b>DECISIÓN</b>	Adiciona y confirma sentencia
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

**CONSTANCIA DE FIJACIÓN**  
Fijado el 28 de junio de 2021 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**  
Se desfija el 28 de junio de 2021 a la 5:00 pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO