

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N° 195

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, primero (1°) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ADRIANA MARIA MOLINA ORTIZ** contra **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se condene **Colfondos S.A.** a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a **Colpensiones** a tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad.

Hechos

La actora fue inicialmente afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones**, se trasladó al RAIS administrado por **Colfondos S.A.** el día **10 de septiembre de 1996**.

Antes de su vinculación al régimen privado de pensiones no se le brindó una información personalizada en la que se le informará acerca de las consecuencias del traslado de régimen.

Contestación Colfondos S.A.

Esta administradora de pensiones a través de apoderado, manifestó que es cierto que el demandante se vinculó a esa entidad, luego de que se le brindara una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación devolver seguro previsional.

Contestación Colpensiones

La administradora pública de pensiones a través de apoderado manifestó que es cierto que la actora fue su afiliada y se trasladó al RAIS, sin que le consten los pormenores de su selección.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia presupuestos legales, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **2 de junio de 2022**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a **Colfondos S.A.** trasladar a **Colpensiones**, el saldo existente en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, incluidos los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, las cuotas de administración y las primas de seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo al actor como su afiliado para efectos pensionales.

Esta decisión no fue impugnada por lo que envió en consulta a favor de Colpensiones.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado consagrado en la ley 2213 de junio de 2022, Colpensiones manifestó en sus alegatos que:

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificatorio entre otros, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 prevé: "e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;" La norma explícitamente habilitaba al afiliado para que una vez entrara en vigencia la Ley 797 de 2003, este se pudiese trasladar al Régimen de Prima media. Se debe auscultar por qué, casi 10 años después de la entrada en vigencia del sistema, el afiliado omite dicha facultad.

No se debe asumir y habilitar en este tipo de procesos que el afiliado presente una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión, solo hasta 25 años después se pretenda información al respecto que siempre ha estado habilitada para sus afiliados. Son Actitudes omisas frente a los extractos remitidos, boletines remitidos por la AFP o plataformas de información disponible.

En sentencia C- 1024 de 2004 indica la Corte que la restricción esgrimida por la Ley, esto es, El Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 persigue un objetivo claro: En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros..." El impacto monetario que acarrea el traslado del régimen no puede ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico. La disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema, no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia.

El actuar del afiliado mientras su permanencia en el RAIS fue de total negligencia y pasividad, frente a un tema de gran relevancia como lo era su futuro pensional. Ahora bien, si su despacho considera que la sentencia debe ser condenatoria, se debe trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenar el traslado de las

Cuotas de administración INDEXADAS, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

En este orden de ideas, se debe revocar la decisión de primera instancia en cuanto a que no está condenando al fondo privado a devolver las cuotas de administración, debe tenerse en cuenta que si lo que se está declarando es la ineficacia ello implica que todo debe volver a su estado inicial, esa cuotas de administración, son aportes parafiscales con destinación específica y que le están haciendo falta al sistema, el no hacerlo, constituiría un enriquecimiento sin causa pues no existiría objeto y causa lícita, en la medida que las cosas retornan al estado inicial y ese dinero le pertenece al sistema no al fondo.

El fondo debe soportar financieramente la negligencia o debida diligencia pues a sabiendas de que no le convenía trasladarse al fondo privado, sin embargo, lo aceptaron, está claro y así lo dicen los simuladores pensionales en ambos regímenes, cuando en el fondo privado accedería a una mesada muy inferior a la que tendría en el RPM, en consecuencia, solicito que se modifique o adicione una obligación de hacer, en cuanto a que se ordene realizar el cálculo actuarial a Colpensiones y el fondo privado y en caso que llegue a ser insuficiente los recursos trasladados, se le ordene al fondo privado completar inclusive con sus propios recursos lo que falte para financiar el 100% de la pensión que ya estaría a cargo de Colpensiones. Resulta procedente entonces, el traslado de las Cuotas de administración, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

En este orden de ideas, solicito a los Honorables Magistrados REVOCAR íntegramente la decisión de primera instancia, ordenando la permanencia del afiliado en el RAIS, y que a título de perjuicio se le ordene a dicho fondo que una vez cumpla los requisitos exigidos en el RPM se le reconozca la pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubieran correspondido en Colpensiones y condenando en costas en favor de mi representada, habida cuenta, que Colpensiones es un tercero ajeno a relación jurídico sustancial.

De manera subsidiaria se indexe todos los valores ordenados en primera instancia y con destino a Colpensiones.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia según el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Colfondos S.A. a Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. La señora **Adriana María Molina Ortiz** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones**.
2. La actora se trasladó al RAIS administrado por **Colfondos S.A.** afiliación efectiva desde el **10 de septiembre de 1996**.

Efectuadas las anteriores anotaciones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

En las providencias citadas 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 a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de **Colfondos S.A.** se hizo efectivo el día **10 de septiembre de 1996**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante 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.

En lo que respecta al caso de autos, **Colfondos S.A.** al contestar la demanda, indicó que antes de efectuarse la suscripción del formulario de traslado, le suministró al actor una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, sin embargo, consultado el expediente no se advierte prueba alguna que permita establecer que existió una información calificada al momento de la vinculación.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, 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.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que no demostró **Colfondos S.A.** que cumpliera con su deber de información, por la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia **condenó** a **Colfondos S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración, las primas de reaseguramiento y garantía de pensión mínima.

En ese orden, en lo que refiere al punto i), para la Sala es claro que durante el periodo en que el actor estuvo vinculado al RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, por lo que precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto del que se le privó de recibir como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora, en lo que refiere a lo pagado por ii) seguros previsionales por parte de la AFP del RAIS, debe indicarse que de autorizarse descuento alguno por este concepto se estaría disminuyendo el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones demandados con cargo a su propio patrimonio.

Así las cosas, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

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

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

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

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

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

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos que la administradora privada recibió con motivo de la afiliación de la actora, siendo la única finalidad de esta orden la de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues lo que se busca es que el fondo público reciba de forma íntegra aquellos valores que debieron ingresar a su administración y que por la afiliación declarada ineficaz dejó de percibir y en tal sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia, **Adicionándola** para indicar que también deben ser trasladados por parte de **Colfondos S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del actor esa administradora, sumas que deberán asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

De otro lado y al conocer en consulta la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, Adicionar la sentencia en cuanto que **Colfondos S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado

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

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

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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

Costas

Sin costas en esta instancia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, el día **2 de junio de 2022**, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **ADRIANA MARIA MOLINA ORTIZ** contra **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**.

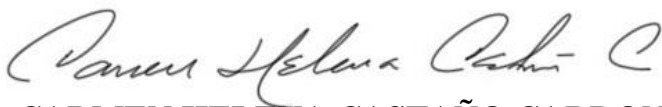
ADICIONÁNDOLA para indicar que también deben ser trasladados por parte **COLFONDOS S.A.** a **COLPENSIONES** los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del demandante a esa administradora. Estas sumas las deberá asumir la AFP con cargo a su propio patrimonio y trasladarlas indexadas.

ADICIONAR la sentencia en cuanto que **Colfondos S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Sin costas en esta instancia.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado No. 05001-31-05-001-2020-00221-01
Radicado Interno: P15422
Asunto: Confirma y adiciona sentencia.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

Proceso	Ordinario
Demandante	Adriana María Molina Ortiz
Demandado (s)	Colfondos S.A. y Colpensiones.
Radicado	05001-31-05-001-2020-00221-01
Decisión	Confirma y adiciona sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

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/131> 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 02 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 02 de agosto de 2022 a las 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO