



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ivonne Elena Hernández Rueda
DEMANDADO	Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia.
RADICADO	05-001-31-05-015-2019-00229
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el ACTA **183** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **IVONNE ELENA HERNÁNDEZ RUEDA** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **SKANDIA S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, con radicado **05-001-31-05-015-2019-00229**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido a través de escritura pública N° 00788, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **JORGE ENRIQUE MARTÍNEZ SIERRA**, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.914.477 y portador de la tarjeta profesional N° 158.703 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de **PORVENIR S.A.** hasta su culminación en el presente proceso judicial.

De igual forma, en los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor RICHARD GIOVANNY SUÁREZ TORRES, en calidad de Representante Legal de la firma RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., y apoderado judicial de Colpensiones, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. LUÍS EDUARDO GÓMEZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° .061.748.175 y portador de la tarjeta profesional N° 339.879 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de COLPENSIONES.

- **PRETENSIONES**

La demandante pretende que se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia de la afiliación con COLFONDOS S.A. y de los traslados sucesivos realizados entre administradoras del RAIS como HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL por encontrarse vicio en el consentimiento y declarar que es afiliada sin solución de continuidad a COLPENSIONES desde el 17 de diciembre de 1979. Como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a anular o en subsidio a tener como ineficaz la afiliación de traslado al RAIS el 14 de abril de 1998; se condene a OLD MUTUAL a efectuar el traslado de la cuenta de ahorro individual con aportes y rendimientos a COLPENSIONES, y que se condene a este último a recibir estos valores, y a registrarla como afiliada sin solución de continuidad desde el 17 de diciembre de 1979. Y que se condene en costas procesales a todas las demandadas.

- **HECHOS**

Frente a los hechos la demandante manifiesta que nació el 1 de agosto de 1957 y que se afilio al ISS el 17 de diciembre de 1979 cotizando allí un total de 498.29 semanas. Que se afilió a COLFONDOS S.A. el 14 de abril de 1998, debido a que un asesor la contactó para ofrecerle afiliarse al RAIS, sin embargo, este asesor al igual que los asesores de las administradoras a las que sucesivamente se afilió, solo le presentaron beneficios y no le realizaron un comparativo sobre las ventajas y desventajas de cada sistema pensional, no le realizaron proyecciones ni le hablaron de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Que fue inducida a trasladarse de COLFONDOS S.A a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 7 de mayo de 1999, a OLD MUTUAL el

27 de junio de 2000, a COLFONDOS S.A. el 29 de octubre de 2010 y nuevamente a OLD MUTUAL el 9 de noviembre de 2011, pero que su decisión no fue libre, voluntaria y mucho menos informada. Que solicitó ante COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL la anulación de la afiliación con cada administradora, pero sus solicitudes fueron resueltas de manera desfavorable. Y que solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen y reactivar su afiliación al RPM, pero su petición fue rechazada.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifestó que es cierta la edad de la demandante y su afiliación al ISS, así como el número de semanas cotizadas de acuerdo a la historia laboral. Que no le consta su traslado de régimen pensional, sus afiliaciones a los demás fondos privados ni la información que estas administradoras le brindaron. Que es cierta la solicitud elevada por la accionante ante esta entidad y que la respuesta fue desfavorable, puesto que ya se encontraba a menos de 10 años para pensionarse. Se opuso a las pretensiones y planteó varias excepciones de mérito.

- ✓ COLFONDOS S.A.:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la edad. Que no le consta la afiliación al ISS hoy Colpensiones. Que es cierto el traslado de la demandante a este fondo conforme al formulario de vinculación. Que le informaron acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba trasladarse al RAIS, y que luego de recibir la asesoría optó por trasladarse de manera informada, libre y sin presiones. Y que no le consta los hechos relativos a la afiliación de la actora con los demás fondos privados. Se opuso a todas las pretensiones y propuso varias excepciones de mérito.

- ✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos de la demanda expuso que no le consta la edad, ni la afiliación al ISS hoy Colpensiones, así como tampoco le consta lo relativo a la vinculación con COLFONDOS S.A. ni la información suministrada por este.

Que PORVENIR S.A. si le otorgó a la actora una asesoría integral, veraz y oportuna, por lo que fue plenamente informada de las implicaciones de su decisión. Se opuso a todas las pretensiones y planteó como excepciones de mérito la de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

✓ OLD MUTUAL

Manifestó que es cierta la edad de la demandante y su afiliación y número de semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones. Que no le consta las afiliaciones realizadas a otras administradoras, pero que en lo que concierne a esta entidad, la decisión de vincularse fue una elección libre y voluntaria, ya que los asesores le informaron todas y cada una de las ventajas del RAIS, las mismas que eran conocidas por la accionante, puesto que venía de otra AFP, lo que indica su deseo de permanecer en el régimen privado. Se opuso a las pretensiones y planteó como excepciones la de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 31 de julio de 2020, el Juzgado Decimoquinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación de la demandante realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL.**

Como argumento de su decisión, expuso que, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es suficiente que se suministre al potencial afiliado una explicación sucinta y general de las características del RAIS, sino que se le realice un análisis detallado a dicha persona de la situación particular conforme con el deber del buen consejo, llegando al punto de desanimar al interesado en el caso en que vaya a tomar una decisión que a futuro lo puede perjudicar, por lo que se presenta un incumplimiento del fondo de esa obligación en tanto la persona toma la decisión fundamentada en una recomendación que no corresponde a la realidad. Que a pesar de que los formularios cumplen con los requisitos legales, estos documentos no son prueba por sí sola para acreditar el cumplimiento del deber de información pues si bien implica que hubo un

consentimiento, este no fue de manera informado. Y que las AFP no demostraron ese cumplimiento del deber de información.

CONDENÓ a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas de dinero, y a activar a afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

ABSOLVIÓ a COLFONDOS S.A y a PORVENIR S.A. de trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración que hubiere retenido en el tiempo que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

DECLARÓ no probada la excepción de prescripción, como también las demás excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.

- **APELACIÓN:**

- ✓ COLPENSIONES:

La anterior decisión fue recurrida por esta entidad manifestando que no está de acuerdo con que no se ordene la devolución de las cuotas de administración, toda vez que al declarar la ineficacia de traslado procede también la devolución de los gastos de administración pues la ineficacia supone que el acto no produjo efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto no puede excluirse del traslado de dichos aportes los cuales comprenden las cuotas de administración, los porcentajes de seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía mínima dado que estos descuentos afectaron el valor de la cotización y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones no tienen causa jurídica, y en consecuencia debe trasladarse el aporte completo al RPM para garantizar el financiamiento de la

futura pensión de la demandante. Que esas devoluciones deben ser asumidas con el patrimonio propio del fondo privado, ya que no puede compensarse con los rendimientos, debido a los mismos son de propiedad de la actora y no del fondo, y porque los rendimientos deben ser trasladados en su totalidad a COLPENSIONES para integrar al fondo común, debidamente indexados. Asimismo, solicita se revoque la condena en lo que tiene que ver con las costas a cargo de COLPENSIONES pues este es un tercero que nada tiene que ver en lo que aquí se debate y en sus obligaciones no está la de velar por afiliaciones posteriores que realicen sus afiliados.

✓ PORVENIR S.A.:

Expuso en su recurso que, la vinculación de la demandante, cumplió con los requisitos exigidos por cuanto ella misma manifestó que de forma libre y espontánea se afilió al RAIS, por lo que ahora no puede pretender dejar sin efectos jurídicos un acto válido que nació a la vida jurídica, pues la demandante dentro de las disposiciones legales que tenía para manifestar sus inconformidades o querer retornar al RPM en ningún momento decidió hacerlo. Adicionalmente se demostró que PORVENIR no fue la entidad que realizó el traslado inicial al fondo privado, por lo cual no es el fondo que generó la ineficacia de traslado y tampoco es el fondo en el que ahora se encuentra la accionante, razón por la cual la entidad no tiene ningún tipo de aporte de la demandante, por lo que solicita se absuelva de la condena en costas que se le impuso, toda vez que la entidad en este proceso ejerció su derecho a la defensa, y así quedó demostrado que PORVENIR S.A. actuó conforme a la ley y de buena fe, y le corresponde al legislador determinar entonces si el RAIS es más desventajoso frente al RPM o si debe haber un cambio normativo.

Así mismo, la sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** respecto a las condenas impuestas a COLPENSIONES.

• **ALEGATOS:**

✓ DEMANDANTE:

Una vez transcurrido el término de traslado, manifestó la apoderada de la demandante, que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda

vez que se demostró que a la demandante, no se le suministró una información clara, suficiente y veraz respecto a las consecuencias legales y económicas que causaría el traslado de régimen, circunstancia tal que derivó en un error en el consentimiento. Y que la Corte Suprema de Justicia en su amplia jurisprudencia, ha establecido que el deber de información que tienen las administradoras al momento del traslado, el cual tiene su fundamento normativo en la Ley 100 del 93 artículo 13 literal b, en armonía con el artículo 271, establece que cuando no se entrega una información plena, veraz, oportuna y completa se sanciona el acto con la ineficacia, conlleva a que dicho acto no produzca efecto alguno.

✓ PORVENIR S.A.:

Este fondo privado en sus alegatos, indica que, en este proceso no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento en el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó ni probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del código civil lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con PORVENIR S.A. es eficaz. Que la AFP aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que la actora estuvo vinculada a esta administradora producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, sino que permaneció en el RAIS realizando múltiples traslados horizontales entre fondos privados lo que conduce a concluir que la intención de la actora era permanecer en el régimen privado. Que en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el artículo 113 literal b) de la ley 100 de 1993, menciona cuales son los valores que deben devolverse, como lo es el saldo de la cuenta de ahorro incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la pensión del afiliado por lo que condenar a pagar valores adicionales configuran un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pero además determinar que se deben reintegrar los gastos de administración y las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

✓ COLPENSIONES:

Señala en sus alegatos que COLPENSIONES, que se debe modificar la sentencia de primera instancia, toda vez que la demandante no cumple el requisito 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. Y que el traslado se llevó a cabo en consonancia con la normatividad que para afiliaciones ha regido, pues el formulario suscrito por la demandante se encuentra ajustado a lo dispuesto en la norma y aun conociendo las particularidades de cada administradora, decidió permanecer en el RAIS. Con respecto a las costas procesales impuestas a Colpensiones, no tiene soporte una condena por decretarse la ineficacia de traslado pues Colpensiones ha actuado de buena fe.

✓ COLFONDOS S.A:

Solicitó en sus alegatos que se debe confirmar la absolución de trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, toda vez que en virtud de la decisión de la actora de ejercer su derecho a la movilidad horizontal entre AFPS del mismo RAIS, COLFONDOS trasladó hacia la AFP elegida por la actora, el saldo existente en su cuenta pensional, por tanto, dicha cuenta, se encuentra inactiva y con cero recursos para trasladar. Que frente a estos conceptos operó la prescripción por ser de tracto sucesivo, causándose con la periodicidad que impone la ley, por tanto, estos gastos que no fueron reclamados dentro de los tres años siguientes a su causación, están prescritos. Que la demandante estuvo amparada por los riesgos de invalidez y muerte con el pago de las primas de las pólizas previsionales, en el período de afiliación a COLFONDOS, entonces, la contratación y el pago de las pólizas previsionales, cumplió su destinación específica. Que la rentabilidad de este fondo es muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones. Y que no es posible ordenar la indexación de los conceptos que se ordenaron, porque los rendimientos generados, son superiores a los que hubiera podido generar el ISS o Colpensiones.

• **DECRETO 806 DE 2020:**

Atendiendo a lo establecido en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y*

flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

CONSIDERACIONES

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 de la señora IVONNE ELENA HERNÁNDEZ RUEDA 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)** la imposición de costas procesales a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.; Y **iv)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, en el interrogatorio de parte se desprende, que todas sus afiliaciones obedecieron a la realización de promociones de fondos que se hacían en la empresa en que laboraba. Que se vinculó a COLFONDOS S.A. porque un asesor fue a ofrecerle los servicios y ella se afilió. Que este asesor le indicó que le convenía cambiarse, debido a que el ISS tenía problemas económicos, sin embargo, no se entró en detalles. Que las asesorías que recibió por parte del fondo privado no duraban más de 10 minutos, pero siempre con los asesores sintió mucha confianza. Que realizó aportes voluntarios, pero a raíz de que esa figura se la explicó la empresa en la que laboraba. Que solicitó una simulación cuando se iba a pensionar y se dio

cuenta que había cometido un error y había sido mal asesorada. Y que no tiene conocimiento de cómo se liquida la pensión en Colpensiones.

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.

Con respecto a lo anterior, las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por la primera administradora COLFONDOS S.A. ni por PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA, toda vez que, pese a que las entidades administradoras anexaron los documentos visibles de folios 136 y 292 del expediente digital, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por la demandante, que permite pensar en un principio que si 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 a la 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 a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la 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.

Se repite 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 tiene que ver con el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

No pasa por alto esta corporación, que la actora 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.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la 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 traslado al RAIS de la actora fue el 22 de septiembre de 1994, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Se tiene entonces que COLFONDOS S.A., como primer fondo que recibió a la 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, pero por las razones acá expuestas.

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

Con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello, 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 la 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 la 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.”*

Por lo anterior, si bien la juez ordenó devolver a **OLD MUTUAL S.A.** hoy **SKANDIA S.A.**, tan solo el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, también este fondo deberá devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales, los cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, estos conceptos debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, y además también se deberá devolver, lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo dispone el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, debiéndose **REVOCAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **OLD MUTUAL S.A.** incluir en los valores por entregar a **COLPENSIONES**, estos conceptos.

De igual forma, **COLFONDOS S.A.**, como primer fondo al que se trasladó la actora y **PORVENIR S.A.**, deberán igualmente devolver a **COLPENSIONES** las cuotas de administración debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos, por el lapso de tiempo en el que la actora permaneció allí. Debiéndose en este sentido **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. Y de igual forma, se **ADICIONA** la sentencia, para que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** traslade a **COLPENSIONES**, los seguros previsionales, los

cuales se componen de la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, indexados, con cargo a sus propios recursos, por el lapso en que la demandante permaneció en dichos fondos.

iii. Imposición de costas procesales.

Con relación a las **COSTAS PROCESALES** impuesta a COLPENSIONES y PORVENIR S.A, debe indicar la Sala que no es procedente tal condena, toda vez que, el origen de la discusión se da en razón de la conducta de COLFONDOS S.A. como primer fondo al que se trasladó la demandante y contra OLD MUTUAL S.A. donde permanece hoy en día, administradoras del RAIS contra quienes fue dirigida la pretensión principal, siendo COLPENSIONES y PORVENIR S.A., convocados al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia, reciba los valores devueltos por los fondos privados, de igual forma, cabe advertir que no es competencia ni prerrogativa de COLPENSIONES ni PORVENIR S.A., declarar la ineficacia de traslado oficiosamente, toda vez que la obligación nace en virtud de esta sentencia, pues no fue la causante de la falta de asesoría en el traslado, por lo que serán **ABSUELTAS** de las costas procesales de la primera instancia, y en tal sentido se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia.

iv. Excepción de prescripción de la acción.

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

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas, haciendo la claridad que en los alegatos no se pueden traer hechos que no fueron debatidos ni señalados en la apelación.

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

Las costas de primera instancia solo serán a cargo de COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir totalmente avante el recurso de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$908.526.

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.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA S.A.**

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

TERCERO: Se **REVOCA** la sentencia, y en su lugar se **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, a trasladar las cuotas de administración indexadas con cargo a sus propios recursos. Y de igual forma, se **ADICIONA** la sentencia, para que **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** trasladen a **COLPENSIONES**, los seguros previsionales, esto es, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y

sobrevivientes, conceptos debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, solo por el lapso en que la actora estuvo en dichos fondos.

CUARTO: Se **REVOCA** en lo que tiene que ver con las costas procesales impuestas en primera instancia a **COLPENSIONES** y a **PORVENIR S.A.**, para en su lugar **ABSOLVER** a estas entidades de tal condena.

QUINTO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia

SEXTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia.

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

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

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

consultable aquí:

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