



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Oscar Alonso Orozco Cardona
DEMANDADO	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-011-2018-00572
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El ocho (8) de julio de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 167** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **OSCAR ALONSO OROZCO CARDONA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**, con radicado **05-001-31-05-011-2018-00572**

• **PRETENSIONES:**

El demandante pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS, siendo válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM. Como consecuencia, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados al RAIS, debiendo **COLPENSIONES** reactivar su afiliación y recibir los aportes.

Como pretensión subsidiaria, solicita se declare que **PROTECCIÓN S.A.** no le brindó asesoría y buen consejo al momento de la afiliación ni antes de cumplir los 52 años de edad, perdiendo la posibilidad de afiliarse al RPM, debiéndose

reconocer a título de indemnización de perjuicios como mesada pensional, el valor equivalente a lo que se hubiese recibido si estuviese en el RPM.

Y, que se condene a costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS:**

Como sustentó de sus pretensiones manifestó que nació el 26 de enero de 1961. Que fue afiliado al ISS entre el 10 de septiembre de 1981 hasta el 30 de abril de 1995, cotizando un total de 684.29 semanas. Que se trasladó al RAIS el 27 de abril de 1995, estando desde allí en diferentes administradoras. Que ha cotizado en toda su vida laboral 1.844 semanas, del as cuales 1.169 fueron en el RAIS. Que los fondos privados no le brindaron una asesoría al momento del traslado ni antes de cumplir los 52 años de edad. Que PROTECCIÓN S.A. le efectuó una simulación pensional en donde obtendría una mesada pensional de \$1'362.245 a los 58 años, y para los 62 sería de \$1'893.472. Que PORVENIR S.A. le negó la ineficacia de la afiliación, siendo igualmente negada por Colpensiones. Y que calculada su pensión ésta podría ser de \$3'545.703.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que no le consta la fecha de nacimiento del actor. Que los hechos que van dirigidos contra otras entidades no le constan. Y que es cierta la solicitud de traslado elevada la cual fue negada. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que es cierta la fecha de nacimiento del actor. Que le consta la afiliación ni las semanas cotizadas en Colpensiones. Que no le constan las afiliaciones efectuadas a otro fondo privado. Que el actor ha cotizado 1.207.57 semana en el fondo privado. Que no es cierto que al demandante no se le haya brindado una información clara, toda vez que los asesores son permanentemente capacitados a fin de que al

momento de la afiliación puedan suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria, incluyendo ventajas y desventajas, y prueba de ellos está la firma en el formulario de afiliación. Que es cierta la información brindada al actor a través de derecho de petición. Y que no les consta las solicitudes elevadas a otros fondos. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y presentó varias excepciones de mérito.

✓ PORVENIR S.A.:

Frente a los hechos manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que le consta la afiliación al ISS ni las cotizaciones efectuadas. Que es cierto su traslado al RAIS. Que no le constan las cotizaciones realizadas al fondo privado. Que no le constan los cálculos pensionales efectuados al demandante. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de otra entidad. Y que es cierta la solicitud elevada a este fondo, la cual fue negada. Se opuso a las pretensiones, y formuló varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Decimoprimer Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Como argumento de su decisión, expuso que las administradoras de los fondos de pensiones deben brindar a los asegurados una información completa, clara, precisa y veraz donde se les informe las bondades y en especial las desventajas entre los dos regímenes del sistema general de pensiones y las consecuencias del traslado, así como su viabilidad para no afectar el derecho pensional, teniendo en cuenta que la selección y afiliación al régimen deben estar rodeadas de ciertas formalidades con vocación de permanencia, debiendo provenir de la elección libre y voluntaria y sin presiones del afiliado, dado que la voluntad está íntimamente ligada al conocimiento, por lo que no existe voluntad cuando no se tiene conocimiento.

**ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar del RAIS al RPM administrado por Colpensiones al actor.

**CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes del actor como son cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y el 0,5% destinado al fondo de garantía de pensión mínima con anterioridad al año 2004 y a partir del 1° de enero de 2004, el 1,5% correspondiente a la garantía de la pensión mínima, a COLPENSIONES.

**CONDENÓ** a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes del actor consistentes en los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente por el tiempo que estuvo afiliado el demandante a dicha AFP a COLPENSIONES.

**ORDENÓ** a COLPENSIONES recibir los dineros entregados por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y reactivar la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad.

**DECLARÓ** no prospera la excepción de prescripción ni la de compensación.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

• **APELACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpuso recurso de apelación de manera parcial, solicitando se revoque lo referente a la condena de efectuar la devolución de los dineros que fueron descontados en su momento por concepto de gastos de administración y la prima de seguro previsional. Que estos emolumentos son descuentos que fueron autorizados por la ley 100 de 1993 en su artículo 20. Que los descuentos del 3% son para cubrir los gastos de administración y cubrir la prima de seguro previsional, operando dicho cobro en ambos regímenes pensionales. Que dentro del expediente obra como prueba que los aportes del demandante tuvieron ganancias de más del 180%, lo que da cuenta que fueron debidamente administrados. Que, con la condena de devolver todos estos conceptos ordenados por el juez, se estaría constituyendo en un

enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez. Que el fondo privado tiene derecho conservar la comisión por administración como restitución mutua a su favor. Que si la consecuencia de la ineficacia o nulidad, es que todo vuelva a su estado inicial, en estricto sentido se debería producir la consecuencia que el contrato de afiliación nunca existió, por lo que el fondo privado no debió haber administrado los recursos de la cuenta individual, y, por tanto, los rendimientos no se causaron y no existiría el cobro de una comisión. Que, con base en las restituciones mutuas, intereses y mejoras, aunque se declare una ineficacia, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, los cuales generaron unos rendimientos por el buen manejo de la cuenta, y, por ende, la entidad tiene derecho a conservar la comisión de administración. Que los recursos de la AFP son vigilados por la Superfinanciera, y esta entidad explicó que cuando se da un traslado de régimen solo se debe trasladar el dinero de la cuenta individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima. Que no debe trasladarse la prima de seguro previsional, ya que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual, y además esta fue girada a una aseguradora que es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver en el contrato de las partes. Que, en caso de confirmar la condena, se estaría en presencia de una condena de perjuicio en contra del patrimonio de la AFP, que tendría que revisarse bajo la figura de la responsabilidad civil, lo cual no se efectuó. Y que, respecto a los conceptos ordenados a devolver, recae la figura de la prescripción, ya que no financian directamente la pensión.

✓ PORVENIR S.A.:

Interpuso recurso de apelación manifestando que no comparte la ineficacia declarada por el juez, ni las consecuencias jurídicas que se le dieron a la misma, pues se está yendo en contravía del ordenamiento jurídico, la Constitución Política y los principios generales del derecho. Que con la sentencia se está incumpliendo el principio de la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras. Que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, establece que la sanción es la ineficacia en sentido estricto. Que se incumple la confianza legítima, ya que se ordena a la demanda a traer prueba que para la época no se establecían. Que el formulario de afiliación era un requisito esencial que no

podía la jurisprudencia dejar sin valor probatorio, como tampoco ordenar otra prueba que no era requisito para la época. Que se está incumpliendo el principio de la inescindibilidad de la norma, ya que se está cogiendo apartes de las normas, lo cual va en contravía de este principio. Que, si el demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, tampoco se generarían los rendimientos financieros, como tampoco los gastos de administración, propendiendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Que no se tuvo en cuenta la conducta de desidia del demandante sobre su futuro pensional, permitiéndose lucrar por su propia culpa. Que no se pueden devolver los gastos de administración, pues se estaría violando el principio de la inescindibilidad de la norma, y además teniendo en cuenta que nunca se probó la mala fe del fondo privado. Que estos descuentos realizados por gastos de administración son autorizados por la ley tanto en el RAIS como en el RPM, sin poderse hablar de deterioros, ya que el dinero en la cuenta se ha duplicado por la buena administración del fondo privado. Que tampoco se puede ordenar trasladar los gastos de administración de su propio patrimonio, ya que si es a título de reparación de perjuicios nunca se habló del daño, el hecho y nexos causal. Y que los gastos de administración son emolumentos que no financian la prestación económica de vejez, y por tal razón se le debe aplicar la figura de la prescripción.

✓ COLPENSIONES:

Interpuso recurso de apelación solicitando que se modifique la sentencia con base en que el decreto 692 de 1994, les dio unas obligaciones a los fondos privados, trazándoles un camino sobre el que podían actuar a cargo de estos y no de Colpensiones. Que, por tal razón, se debe modificar la sentencia, con el fin de que varíe la responsabilidad que indilga la carga económica en un 100% a Colpensiones, pues esto trasgrede lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, como es el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, legalidad y confianza legítima. Que el pago de la prestación debe estar en un 100% a cargo del fondo privado, debiéndose recalcular los valores para que se cubra en su totalidad el monto de la prestación reconocida. Que una consecuencia de la deficiencia del buen consejo sería que los fondos privados asumieran el reconocimiento de la prestación económica con base en los parámetros del RPM. Y que se debe revocar la condena en costas, ya que

Colpensiones es un sujeto exógeno en el presente litigio y nunca incumplió en sus obligaciones.

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

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Señaló en sus alegatos que no se puede declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, toda vez que con la prueba documental no existe referencia alguna que distorsione la voluntad de la parte demandante y que pruebe la falta de información del fondo privado, y que la cuantía de la pensión, no puede considerarse para configurarse la ineficacia. Que las normas para el momento de traslado no exigían nada diferente al formulario de afiliación, por tanto, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye un imposible jurídico, además de quebrantar indubitadamente el principio de confianza legítima. Que se debe tener en cuenta lo referente a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, situación que no se está teniendo en cuenta en este tipo de asuntos. Que, en caso de confirmarse la sentencia, se debe otorgar responsabilidades exclusivamente a cargo del fondo y no de Colpensiones, pues de no hacerlo se estaría trasgrediendo directamente el principio de sostenibilidad financiera, legalidad y confianza legítima del sistema. Y que no debe ser condena en costas procesales, por lo plasmado en la apelación.

- ✓ DEMANDANTE:

Planteó en sus alegatos que debe ser confirmada la sentencia, debido a que las administradoras de pensiones no le brindaron al demandante una asesoría clara, completa y eficiente, la cual permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones para su futuro, trayendo argumentos de la Corte

Suprema de Justicia, haciendo alusión a que esta línea ha sido reiterado hasta la fecha, debiéndose aplicar al acaso de autos.

### 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 OSCAR ALONSO OROZCO CARDONA a PROTECCIÓN 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 *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, 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, en el interrogatorio de parte se desprende, que entró a trabajar al Banco Cafetero en el año 1983, y en el año 1995, llegó la posibilidad de cambiarse a los fondos privados, existiendo una instrucción a nivel interno de la entidad, en donde las personas que tuvieran cierta antigüedad les convenía o no pasarse al fondo privado, siendo el banco el que eligió el fondo privado. Que nunca tuvo una charla con los diferentes fondos de pensiones. Que la firma del formulario de afiliación, fue debido a una instrucción del banco donde laboraba. Que nunca se acercó al ISS para saber sobre las incidencias de ese traslado. Que los traslados realizados a los diferentes fondos privados, fue debido a una compañera de trabajo, que comenzó a laborar con los fondos

privados, y su traslado se debió a favores personales, pero nunca existió un análisis sobre el tema pensional. Que cuando salió del Banco le dieron una indemnización y la invirtió en pensiones voluntarias porque estaba desempleado para generar ingresos, pero posteriormente los retiró. Que no tenía conocimiento de los rendimientos financieros en las pensiones obligatorias. Que, si ha recibido los extractos pensionales, pero muy pocas veces los abría como tampoco lo entendían. Que en el momento del traslado no leyó el documento de afiliación por confianza con el empleador. Que no recuerda ni el fondo inicial al que el banco lo suscribió ni los fondos posteriores a los que se trasladó haciendo los favores. Que nunca se le explicó alguna característica del régimen de ahorro individual. Que todos los traslados fueron libres y voluntarios por realizar un favor. Y que la intención de trasladarse es la mesada pensional para tener una buena calidad de vida para él y para su núcleo familiar.

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 el demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A. ni por PROTECCIÓN S.A., toda vez que, pese a que las entidades administradoras anexaron los documentos visibles de folios 167, 225 y 284 del expediente digital, esto es, los formularios de afiliación, mismos que fueron suscritos por el 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 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.

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.

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 27 de abril 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, tendrá 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*".

No pasa por alto 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 del actor dentro de las diferentes administradoras del RAIS no sana la omisión en la información al momento del traslado primigenio.

Se tiene entonces, que PROTECCIÓN S.A., como primer fondo que recibió al 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 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 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 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>.

---

<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.

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>.

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, teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente decisión está siendo revisada en grado jurisdiccional de

---

<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.

<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.



consulta, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. además de lo ya ordenado por el juez, deberá devolver los **gastos de administración**, los cuales se componen al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este sentido **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, aclarando que para PORVENIR S.A. es solo por el lapso en que el actor permaneció allí.

**iii. Imposición de costas procesales.**

Con relación a las **COSTAS PROCESALES** impuesta a COLPENSIONES, 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 PROTECCIÓN S.A. como primer fondo al que se trasladó el demandante y contra PORVENIR S.A. donde permaneció durante un corto tiempo, administradoras del RAIS contra quienes fue dirigida la pretensión principal, siendo COLPENSIONES, convocado al proceso con el fin de que una vez sea definida la controversia, reciba los valores devueltos por los fondos privados, de igual forma, cabe advertir que no es competencia ni prerrogativa de COLPENSIONES, 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 **ABSUELTA** 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, 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 cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para 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, REVOCARÁ 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 de la primera instancia solo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. En esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES al no salir avante sus recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000. en parte 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 **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO:** Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver a **COLPENSIONES**, y se le ordena a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., además de lo ya ordenado, trasladar los gastos de administración, debidamente **indexados**, como se dejó dicho en la parte motiva, aclarando que para PORVENIR S.A. es solo por el lapso en que el actor permaneció allí.

**TERCERO:** Se **REVOCA** en lo que tiene que ver con las costas procesales impuestas en primera instancia a **COLPENSIONES**, para en su lugar **ABSOLVER** a esta entidad de tal condena.

**CUARTO:** Costas procesales y agencias en derecho, como se dijo 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>	Oscar Alonso Orozco Cardona
<b>DEMANDADO</b>	Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.
<b>RADICADO</b>	05-001-31-05- <b>011-2018-00572</b>
<b>DECISIÓN</b>	Adiciona, revoca 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/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 11 de julio de 2022 a las 8:00am

**CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN**

Se desfija el 11 de julio de 2022 a la 5:00pm

  
**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
SECRETARIO