



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Alba Luz Torres Osorio
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2018-00644
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 181** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ALBA LUZ TORRES OSORIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05-001-31-05-012-2018-00644**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **JUAN MANUEL TRUJILLO SÁNCHEZ**, en calidad de representante legal de **COLFONDOS S.A.**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar al Dr. **JAIR FERNANDO ATUESTA REY**, identificado con cédula de ciudadanía N° 91.510.758 y portador de la tarjeta profesional N° 219.124 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad accionada.

De igual forma, se admite la sustitución de poder conferida a la Dra. CATALINA GONZÁLEZ ZULETA, identificada con cédula de ciudadanía N° 11.017.142.203 y portadora de la tarjeta profesional N° 193.371 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la parte demandante.

- **PRETENSIONES**

La demandante pretende se declare que le asiste derecho al traslado del RAIS a COLPENSIONES, en atención a la solicitud realizada a este último fondo público el 6 de mayo de 2013, como consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A. autorizar el traslado junto con los aportes efectuados, rendimientos financieros, para que sean recibidos por Colpensiones.

Subsidiariamente solicita se declare la ineficacia o nulidad del traslado del RAIS al RPM, efectuado a COLFONDOS S.A. y consecuencialmente a PROTECCIÓN S.A., debiéndose ordenar la afiliación al RPM, y que se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar los aportes efectuados y los rendimientos financieros a COLPENSIONES, y se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 12 de junio de 1966. Que se afilió al ISS al inició de su vida laboral. Que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 7 de octubre de 1997. Que el traslado fue efectuado sin una asesoría adecuada para tomar una correcta decisión, por lo que no puede catalogarse como libre y voluntaria, al existir una omisión en la información. Que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 19 de julio de 2010, sin mediar ilustración profunda del RAIS. Que se le brindó una reasesoría por parte de PROTECCIÓN S.A. el 29 de mayo de 2013. Que presentó formulario de vinculación a COLPENSIONES, el 6 de mayo de 2013, el cual fue rechazado. Y que se le envió comunicación el 26 de septiembre de 2013 por parte de PROTECCIÓN S.A. en donde se le informa que el comité de múltiple vinculación resolvió que quedó válidamente afiliada a este fondo.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento. Que es cierta la afiliación al ISS. Que es cierto el traslado efectuado a los fondos privados. Que no le consta la información suministrada por los fondos privados. Y que en relación solicitud de traslado efectuada a COLPENSIONES en mayo de 2013, se proporcionó respuesta inmediata, en donde se le indicó que existía una múltiple vinculación, por tal razón se realizaron las pertinentes gestiones con PROTECCIÓN S.A., la cual el 15 de noviembre de 2013, se le informó que ya se encontraba válidamente afiliada a este fondo privado. Se opuso a todas las pretensiones, sin embargo, no se opone a las pretensiones que no van dirigidas en su contra. Y planteó varias excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demandada, manifestó que es cierta la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al inicio de su vida laboral. Que no les constan los trámites adelantados frente a otras administradoras. Que es cierta su afiliación a este fondo privado, pero no es cierto que no se le haya suministrado una información a la demandante, ya que si se le brindó una información adecuada, correcta, integral y suficiente por parte de la asesora del fondo. Que, si se le informó de todos los aspectos del sistema pensional, explicándole los aspectos de los dos regímenes. Que con el formulario de afiliación se comprueba que la actora se decidió afiliarse de manera libre, consciente e informada, y libre de todo error. Que es cierto que se le brindó una reasesoría pensional el 29 de mayo de 2013. Que es cierto lo referente al comité de múltiple vinculación, siendo válida la afiliación a PROTECCIÓN S.A. Y que no le consta la solicitud elevada a COLPENSIONES. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

✓ COLFONDOS S.A.:

La accionada dio respuesta a la demanda señalando que se admite la fecha de nacimiento. Que no le consta la afiliación al ISS. Que es cierto el traslado efectuado a COLFONDOS S.A. Que el traslado efectuado fue de manera libre

voluntaria. Que no es cierto que no se le haya brindado información a la demandante, ya que todos los asesores son capacitados a fin de que al momento de afiliación, puedan suministrar toda la información y asesoría completa y necesaria a sus clientes en relación con los productos y servicios prestados. Que si se le brindó a la demandante información de todas las características del RAIS, ventajas y desventajas. Que la entidad siempre actuó en cumplimiento del deber de información, y al momento del traslado previa la suscripción del formulario de afiliación, se le informó de las implicaciones del cambio de régimen. Que no le constan lo referente a PROTECCIÓN S.A. ni la solicitud realizada a COLPENSIONES. Frente a las pretensiones, no se opuso a las que no van dirigidas en su contra, y frente a las demás se opuso. Y planteó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 18 de noviembre de 2021, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado a través de COLFONDOS S.A., entendiéndose para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión, expuso que COLFONDOS S.A tenía la obligación desde la fase precontractual de proporcionar a su interesada una información completa y comprensible. Que era el fondo privado quien tenía la carga de probar su diligencia y cuidado al momento de brindar la información veraz, completa, suficiente y oportuna sobre las implicaciones que le acarrearía el traslado de régimen en el caso en particular, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Y que las administradoras no aportaron prueba del cumplimiento de dicha obligación o con el deber de información y del buen consejo, por lo que el acto de afiliación es ineficaz.

En consecuencia, **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo para el efecto cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, el porcentaje descontado por garantía de la pensión mínima, las cuotas de

administración y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el RPM.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, los valores que se hayan descontado por cuotas o gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y demás emolumentos descontados a la demandante, en vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el RPM.

CONDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que las semanas acreditadas se refleje en su historia laboral.

ABSOLVIÓ a las entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la actora.

DECLARÓ infundada la excepción de prescripción, pago y compensación.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a COLFONDOS S.A.

- **APELACIÓN:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

El apoderado de la entidad, presentó su recurso parcial, manifestando, en síntesis, que no esta conforme con la devolución de los gastos de administración, ya que esa comisión esta autorizada a través de la ley 100 de 1993, en su artículo 20, pues el descuento del 3% es utilizado para generar pagos de gastos de administración por el buen manejo de los recurso de los afiliados. Que los gastos de administración operan en ambos regímenes. Que la demandante casi duplicó el valor de sus aportes en el fondo privado. Que, al devolver estos conceptos ordenados en primera instancia, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión, y adicional ya se están trasladando los rendimientos financieros, por lo que se tiene

derecho a conservar esta comisión a título de restitución mutua a su favor. Que la Superintendencia financiera ha indicado que en estos procesos solo se debe devolver lo correspondiente a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los destinados al fondo de garantía de pensión mínima, pero se debe respetar los gastos de administración, lo cual estaría siendo una condena de perjuicios a la entidad, lo que se tendría que revisar a la luz de la responsabilidad civil. Que la inversión de la carga de la prueba solo opera frente a la ineficacia y no a los perjuicios ocasionados por la entidad demandada. Y que frente a estos fenómenos si opera la prescripción, ya que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a Colpensiones.

- **ALEGATOS:**

- ✓ **COLPENSIONES:**

Una vez transcurrido el término de traslado, Colpensiones en sus alegatos, señaló en síntesis que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que se demostró que a la demandante no le asiste la razón, pues para el momento del traslado la norma vigente que reguló la materia es el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su versión original, no pudiéndose trasladar por faltarle menos de 10 años para el cumplimiento de la edad, lo cual fue afianzado por la Corte Constitucional mediante sentencias C-789 del 2002, C-1024 del 2004, C-086 del 2016, C-1025 del 2005, el decreto 692 de 1994, el decreto 3995 del 2008, la sentencia SU-062 del 2010, la sentencia SU 130 del 13 de marzo del 2013 y la sentencia SL-373 de 2021. Que el traslado que realizó a Colfondos S.A. desde octubre 1997, lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia, es decir, el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su versión original, por lo tanto, se realizó dentro de la legalidad, debiéndose absolver a Colpensiones de todo concepto.

- ✓ **COLFONDOS S.A.:**

Transcurrido el término de traslado, indicó en sus alegatos que no se debe aplicar la indexación sobre los conceptos que se ordenaron o remotamente llegaran a ordenarse a devolver al RPM, en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta que le asiste a Colpensiones, porque con los rendimientos generados por mí representada durante el período en que administró los recursos pensionales de la actora, en todo caso superiores a los que hubiera podido generar el RPM, quedando compensado este concepto.

✓ DEMANDANTE:

En sus alegatos de conclusión señaló que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que quedó probada la falta de información veraz, clara y oportuna por parte de la AFP, y que se debe seguir la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora ALBA LUZ TORRES OSORIO a COLFONDOS S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por los fondos privados; *iii)* y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

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

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

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del

artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta, que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios. Que el estatuto Financiero de la época en los artículos 97 y siguientes consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe en las que se sancionaba la falta de información relevante.

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

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

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

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

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos

prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Y,

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

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

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

La determinación a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon la afiliación de la actora, del interrogatorio de parte se desprende que al trabajar en una empresa de servicios varios llamada Induaseo, prestándole el servicio a

Gecolsa, les enviaron un asesor, que les manifestó que era muy conveniente pasarse a COLFONDOS S.A., y fue entonces que toda la empresa se trasladó. Que esa reunión fue grupal en un auditorio sin permitírsele realizar preguntas. Que les dijeron que el tiempo que ya llevaban cotizado al ISS pasaría COLFONDOS S.A., y que en ese tiempo no tenía el suficiente conocimiento para pensionarse. Que no existió ninguna amenaza por parte del empleador. Que no se acuerda si le hablaron que todos sus aportes irían a una cuenta individual como tampoco si esta cuenta generaría rendimientos financieros. Que no le hablaron de aportes voluntarios. Que le manifestaron que en caso de que ella falleciera la pensión le quedaría a su hija como beneficiaria o a su esposo. Que en COLFONDOS S.A. no le manifestaron una promesa de una mejor pensión. Que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., cuando entró a Prever a laborar, por inexperiencia y no tener una asesoría, pues les manifestaron que era mejor quedar con todos los ahorros en esa entidad, como sería la cesantía. Que no recuerda muy bien lo que le manifestaron en la reasesoría efectuada por PROTECCIÓN S.A. y además no entendió muy bien la información entregada. Y que la motivación para pasarse a Colpensiones, es que no le gustaría pensionarse con un mínimo, sino con un mayor valor.

En lo que respecta a la carga de la prueba, es importante hacer la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A. ni COLFONDOS S.A., toda vez, que pese a que se anexaron los documentos de folios 70, 72 y 163,

esto son, los formularios de afiliación, los cuales permiten 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 haya firmado 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 la actora conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

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

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

Con respecto a la información que se le debía brindar 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 primer traslado al RAIS de la actora fue el 07 de octubre de 1997, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada era la de brindar una información necesaria y transparente.

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

Debe señalarse que, si bien a la actora se le realizó una reasesoría el día 29 de mayo de 2013 (folio 72), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en 1997, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

Tampoco se pasa por alto 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.

De igual forma, en lo que se refiere a los actos de relacionamiento, hay que señalar que la información brindada se debe de analizar desde el momento del traslado inicial de régimen pensional, la cual fue realizada por COLFONDOS S.A. en el año 1997, y no con los traslados posteriores; decisión que encuentra sustento en sentencia reciente de la Corte Suprema de Justicia SL 4609 del 6 de octubre de 2021 donde señaló:

*“Por último, considera también la Sala que la **circunstancia de aparecer varios traslados dentro del régimen de ahorro individual, no puede tenerse como indicativo del conocimiento informado del régimen pensional que pudiera atribuírsele el afiliado o de la información que recibió de parte de la AFP, pues lo que se discute no es la validez del cambio de administradora sino del traslado de régimen pensional, que es lo que tiene incidencia prestacional y restricciones para la movilidad, lo que no ocurre con los traslados dentro del régimen de ahorro individual, porque el afiliado se puede cambiar de administradora indefinidamente cada seis (6) meses, con cierta uniformidad en el nivel de las prestaciones que tienen a su cargo las AFPs, por la aproximación en el comportamiento de las rentabilidades que obtienen, en razón a la inversión de sus recursos y la regulación que les imparte la Superintendencia Financiera (cita radicado despacho 2021).**”* (Subraya fuera del texto)

Adicionalmente, el Alto Tribunal en sentencia de tutela STP 15228 del 7 de septiembre de 2021, frente a los actos de relacionamiento adoptados por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente, se dirige al análisis de la información previo a efectuarse la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, no convalidan el traslado de régimen pensional, y en este sentido hizo un llamado a la Sala de Casación Laboral de Descongestión a acatar el precedente jurisprudencial por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el art. 2º de la Ley 1781 de 2016.

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

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

Ahora bien, 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 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 la apelación 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 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

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.

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.

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

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.

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.

los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, **PROTECCIÓN S.A.**, además de lo ordenado por la juez y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberá también devolver lo correspondiente a los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes** y la **prima de reaseguro de Fogafín** que, junto con las cuotas de administración ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PROTECCIÓN S.A.**, incluir estos valores por entregar a COLPENSIONES.

De igual forma, al ser resuelto el presente proceso en grado jurisdiccional de consulta, y en razón de la sostenibilidad financiera del sistema, **COLFONDOS S.A.** como fondo al que perteneció la demandante, conforme a la jurisprudencia expuesta, y además de lo ordenado por la juez, deberá devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, que se componen de lo destinado al pago de los 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, por el lapso de tiempo en que la actora permaneció allí, toda vez que de esta manera se verá compensada la pérdida adquisitiva de la moneda, indexación que es totalmente disímil a la figura de los rendimientos financieros generados por un fondo privado, el cual se da como resultado de las inversiones realizadas por el fondo en un período establecido, que a su vez también puede generar una desvalorización en su rentabilidad de acuerdo a la situación económica del país o a nivel mundial, pudiéndose ver afectado el capital de las cuentas individuales, por lo que sin lugar a dudas al tener derecho al traslado, éstos conceptos deberán ser actualizado al momento del pago, por lo que se **ADICIONARÁ** la sentencia en este sentido.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

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.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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, dejando claro que los alegatos no son la herramienta procesal para incorporar temas que no fueron atacados en la apelación.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo la juez. Sin costas en la segunda instancia.

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 de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes** y la **prima de reaseguro de Fogafin**, conceptos que junto a las cuotas de administración serán debidamente **indexados** con cargo a sus propios recursos.

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

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia.

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

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

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Alba Luz Torres Osorio
DEMANDADO	Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 012-2018-00644
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	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 1° de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 1° de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO