



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Blanca Nelly García Giraldo
DEMANDADO	Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-014-2019-00080
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona, revoca y confirma sentencia

El dieciocho (18) de agosto 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 **190** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **BLANCA NELLY GARCÍA GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA**, con radicado **05-001-31-05-014-2019-00080**

• **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.

• **PRETENSIONES:**

La demandante pretende se declare la ineficacia de las afiliaciones al RAIS, y como consecuencia se ordene a éstas la devolución a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos indexados, debiendo el fondo privado recibirlos y aceptar el traslado, y cancelando la pensión de vejez desde el 5 de octubre de 2018, las mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación y costas procesales.

- **HECHOS:**

En los hechos que fundamentan sus pretensiones, indicó que estaba afiliada al ISS hoy Colpensiones. Que nació el 5 de octubre de 1961, y tiene cotizadas más de 1.800 semanas en todos los fondos. Que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 1° de septiembre de 2000, sin que se le suministrara información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz. Que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 2 de enero de 2002, entidad que tampoco le suministró información alguna. Que el asesor de PROTECCIÓN S.A. le manifestó que se pensionaría antes de la edad que requería en el ISS, y que no perdería ningún beneficio. Que tanto el asesor de PROTECCIÓN S.A. como de COLFONDOS, le explicaron las implicaciones positivas, sin efectuarle un comparativo pensional. Que no existió una reasesoría sobre la posibilidad de regresar al RPM. Que se le ocasionaron perjuicios por el engaño sufrido ante su traslado sin información alguna. Que elevó solicitudes a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS solicitando una serie de información, siendo contestado únicamente por COLFONDOS S.A. Y que elevó también solicitud a COLPENSIONES para su traslado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Manifestó en su contestación que es cierta la afiliación al ISS hoy Colpensiones. Que no le consta la fecha de nacimiento. Que no le consta las semanas cotizadas. Que no le constan los hechos que van dirigidos contra otras entidades, por lo que no hará pronunciamiento al respecto. Y que es cierta la solicitud elevada a este fondo. Se opuso a las pretensiones, y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ COLFONDOS S.A.:

En la contestación de la demanda la apoderada expuso que no le consta la situación fáctica de la demandante ante terceros ajenos a esta AFP. Que es cierta la fecha de nacimiento. Que no es cierto las semanas cotizadas, ya que lo único que se tiene en cuenta en este fondo es el ahorro pensional. Que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de PROTECCIÓN S.A. Que la demandante se trasladó voluntariamente a este fondo privado, como se observa con el formulario de afiliación. Que si se le brindó la adecuada asesoría a la actora. Que no le constan las situaciones fácticas planteadas por la parte demandante. Y que es cierta la solicitud elevada, ateniéndose al contenido literal de la respuesta. Se opuso a las pretensiones que van dirigidas en su contra. Y planteó excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a los hechos de la demanda, expuso que no el constan los hechos que van dirigidos contra otras entidades, ya que la actora no se encuentra afiliada a esta entidad. Que es cierta su afiliación a PROTECCIÓN S.A. Que a la demandante si se le asesoró en debida forma, con la información adecuada, suficiente y cierta. Que no el consta su afiliación a COLFONDOS. Que nunca se le engaño a la demandante. Que es cierta la solicitud elevada por la actora, la cual fue resuelta en debida forma, como consta con los anexos de la demanda. Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Y presentó varias excepciones de mérito.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 9 de diciembre de 2021, el Juzgado Decimocuarto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y su posterior traslado entre administradoras, para el caso concreto, hacia COLFONDOS S.A.

Como argumento de su decisión expuso que, los fondos privados no presentaron las pruebas necesarias para desvirtuar las afirmaciones presentadas por la parte actora, ya que la demandante no recibió la información sobre los riesgos, características y efectos de la afiliación al RAIS. Advirtiendo que hay que tener en cuenta la línea jurisprudencial de la Corte

Suprema de Justicia, y que, al declararse la ineficacia, implica que las cosas deben volver al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto de afiliación.

CONDENÓ a COLFONDOS 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 demandante, incluyendo para el efecto los rendimientos que se hubieren causado como si hubiera permanecido en el RPM, y las comisiones de administración, que incluye el seguro previsional y la garantía de pensión mínima, debidamente indexada, causadas a partir del 1° de marzo de 2002.

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 las comisiones de administración causadas entre el 1° de noviembre de 2000 y el 28 de febrero de 2002, por la afiliación de la demandante.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A., a comunicar, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, el contenido de la decisión a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Ofician de bonos pensionales, para los efectos legales correspondientes.

CONDENÓ a COLPENSIONES, a reconocer y pagar en favor de la demandante, dentro de los 4 meses siguientes al recibo de los dineros por parte de COLFONDOS S.A., la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, la cual deberá calcular de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y el porcentaje o tasa de reemplazo del artículo 34 ibidem, modificado por la ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se haga efectivo el acto de desafiliación o la última cotización al sistema, en razón de 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los incrementos legales anuales.

AUTORIZÓ a COLPENSIONES, a efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, en caso de que haya lugar al reconocimiento del retroactivo pensional a favor de la demandante.

En caso de generarse un retroactivo pensional, **CONDENÓ** a la indexación o actualización de las mesadas pensionales causadas. No accedió a la pretensión de intereses moratorios.

DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

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

• **APELACIONES:**

✓ PROTECCIÓN S.A.:

Interpuso recurso parcial de apelación, en lo que se refiere a la devolución de la comisión de administración el cual no se debe devolver, toda vez que este se realizó como consecuencia de una disposición legal, exigible y vigente. Que a su vez se tratan de comisiones causadas y pagadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual. Que en el hipotético caso que se asuma que la entidad no realizó una correcta administración, no se deberán devolver los rendimientos financieros, pues estos se generaron como consecuencia de la buena administración del fondo, y por ende solo habría lugar trasladar los aportes de la cuenta. Que, si se declara la ineficacia de traslado, la consecuencia jurídica es que todo vuelva a su estado anterior, por lo que solo se deberá trasladar lo depositado en la cuenta individual sin los rendimientos generados. Y que la prima de seguro previsional, esta ya fue girada a una aseguradora en el caso de generarse un siniestro de invalidez o sobrevivencia, estando imposibilitado para que se devuelvan dichas sumas de dinero, ya que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el negocio jurídico.

✓ COLFONDOS S.A.:

Presentó su recurso de apelación manifestando que no se debe ordenar devolver los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, pues frente a estos conceptos operó la prescripción, por ser un concepto de tracto sucesivo causado con periodicidad que impone la ley, y por lo tanto al no ser reclamados durante los 3 años siguientes a su causación, están prescritos. Que estos conceptos no constituyen factor para financiar la pensión, y por ende si son susceptibles de prescribir. Que además la demandante ha estado amparada durante la afiliación al fondo por los riesgos de invalidez y muerte con el pago de las primas de las pólizas previsionales, estándolo incluso hasta la ejecutoria del fallo, cumpliendo estos conceptos su destinación. Que son conceptos que se han descontado por disposición legal, mas no por capricho del fondo privado, y que no están en su poder, no estableciéndose en la fijación del litigio, estos conceptos que están en poder de terceros, violándose el derecho de defensa y contradicción. Que no se puede ordenar la indexación de los conceptos, ya que esta orden desconoce que con los dineros generados por rendimientos financieros que son superiores a los generados por el ISS hoy Colpensiones, queda más que compensado este concepto, el cual no fue objeto de discusión, siendo citadas sentencias del Tribunal Superior de Medellín y de la Corte Suprema de Justicia en su favor. Y que tampoco se puede condenar en costas por no considerarse como parte vencida, pues si bien fue convocada en el proceso, no fue la generadora de la ineficacia.

✓ COLPENSIONES:

En su recurso expuso que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que COLPENSIONES, es un ajeno al negocio jurídico celebrado por la demandante, y no puede verse perjudicado por el error que cometió la parte demandante. Que la afiliación al fondo privado fue libre y voluntaria, y no existió ningún tipo de fuerza, constreñimiento o dolo para su afiliación para firmar el formulario de afiliación. Y que además de lo ya ordenado, se traslade los gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas de seguros previsional y en general todo lo que fue descontado a la demandante, y todo debidamente indexado.

• **ALEGATOS:**

✓ COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES manifestó que esta entidad actuó de buena fe y no tuvo incidencia en la afiliación del traslado efectuado por la demandante, obedeciendo a una actuación libre y voluntaria; y por ser un tercero ajeno a ese negocio jurídico no puede verse ni beneficiado ni perjudicado por el error que se produjo entre las partes. Que, si bien se negó el traslado de la demandante a este fondo público, fue con base en un mandato legal. Por lo que solicita se absuelva de cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y que no sea condena en costas.

✓ COLFONDOS S.A.:

En sus alegatos señala que se atiene a los reseñado y sustentado en el recurso de apelación, en lo que tiene que ver con la solicitud de absolución de la indexación de las condenas, y que se revoquen las costas procesales impuestas.

✓ DEMANDANTE:

Señaló en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que eran las demandadas que debían probar la afiliación válida de la demandante, y por ningún medio de convicción lo demostraron, tan solo aportan el formulario de afiliación, y manifiestan erróneamente que con ello demuestran que la afiliación fue libre y voluntaria. Que solo basta con la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional. Que, si existía norma que regulaba las obligaciones de las AFP desde el nacimiento de los fondos privados, que es el decreto 720 de 1.994, por el cual se reglamenta los artículos 105 y 287 de la ley 100 de 1.993, el artículo 10 consagra la responsabilidad de los promotores, y el artículo 12 sus obligaciones. Y que a la demandante si le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones.

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 BLANCA NELLY GARCÍA GIRALDO 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)** el derecho o no a la pensión de vejez; **iv)** la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción; y **v)** la condena en costas impuesta a Colfondos y a Colpensiones.

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; SL3464, 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 el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que se afilió a Santander cuando laboraba al servicio del Banco de la misma entidad, en donde se le dio una charla en la que les expusieron muy buenas garantías para pasarse de fondo, como era una pensión antes del cumplimiento de la edad, un buen salario y que el fondo del estado se iba a acabar. Que ella si entendía que se estaba trasladando, pero por las garantías ofrecidas. Que no le manifestaron que su cuenta podría ser heredable en caso de muerte, como tampoco que su cuenta generaría rendimientos. Que no le explicaron que pasaría con las semanas cotizadas al fondo público. Que no leyó el formulario de afiliación antes de firmarlo, ya que el formato de afiliación lo diligenció el asesor. Que su traslado a COLFONDOS se dio porque le dijeron que se pensionaría con un mejor salario y antes de tiempo, y que era el mejor fondo en el momento, pues tenía mejor solidez. Que no ha recibido extractos pensionales de PROTECCIÓN S.A. y de vez en cuando recibe los de COLFONDOS. Que no ha realizado aportes voluntarios. Y que se quiere trasladar nuevamente a COLPENSIONES, porque se pensionaría con una mejor mesada pensional.

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

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

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por los fondos privados, toda vez que, pese a que se anexaron los documentos visibles de folios 359 y 418 del expediente digitalizado, estos son, los formularios de afiliación, mismos que la demandante suscribió, 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.

No puede pasar por alto esta Sala, que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado

ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto, por tal razón, no es procedente analizar el caso de autos, bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta con el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar 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 1° de septiembre de 2000, 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.”*

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.

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 PROTECCIÓN S.A. en el año 2000, 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, PROTECCIÓN S.A., como primer fondo al que se afilió 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, en tal sentido.

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

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

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

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

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

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al 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 los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

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.

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.

Por lo anterior, teniendo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente sentencia en siendo resuelta en grado jurisdiccional de consulta, **COLFONDOS S.A.**, además de lo ya ordenado por el juez, deberán trasladar a COLPENSIONES, la ***prima de reaseguro de Fogafín***, la cual junto con las ***cuotas de administración*** y los ***seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia***, ya ordenados, deberá ser debidamente ***indexada*** con cargo a sus propios recursos, siendo procedente esta condena de manera oficiosa, pues no vulnera la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la ha devaluado, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en su amplia jurisprudencia, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

Por otro lado, **PROTECCIÓN S.A.**, fondo al cual se trasladó por primera vez la demandante, también deberá devolver a Colpensiones, además de las cuotas de administración ya ordenadas, los ***seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*** y la ***primas de seguros del Fogafín***, todos estos conceptos debidamente ***indexados***, con cargo a sus propios recursos, pero aclarando que solo se deberán trasladar por el tiempo en que la demandante permaneció allí, debiéndose en este sentido, **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia.

iii. Pensión de vejez

Ahora bien, una vez resuelta la ineficacia del traslado, esta Sala se dispone a hacer el estudio correspondiente para verificar si la actora tiene derecho a la pensión de vejez en aplicación de la ley 797 de 2003.

En el caso objeto de estudio, de las pruebas documentales que obra en el expediente, en especial la historia laboral de COLFONDOS S.A. de folios 361 a 378 del expediente digital, esta Sala encuentra que a la demandante le asiste razón para gozar de la pensión de vejez, toda vez que logró cotizar en toda su vida laboral más de 1.812,86 semanas, colmando con ello el requisito de las 1.300 semanas exigidas, y cuenta actualmente con 57 años de edad, ya que nació el 5 de octubre de 1961.

Así las cosas, la actora tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, dado que con lo probado se colman los requisitos mínimos para el otorgamiento de la prestación, no obstante, la demandante aún sigue cotizando al sistema, tal y como lo expuso el juez, debiendo ser liquidada la pensión por COLPENSIONES como se dispuso en la sentencia de primera instancia, junto con los descuentos en salud e indexación de las condenas si fuere el caso. Por lo anterior, la sentencia merece ser **CONFIRMADA** en este sentido

iv. Excepción de prescripción de la acción.

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

v. Condena en costas.

Con relación a las **COSTAS PROCESALES** impuesta a COLFONDOS, 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., administradora del RAIS contra quien fue dirigida la pretensión principal, y para el caso se tiene como vencida, siendo COLFONDOS S.A., convocado al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia proceda a devolver todos los valores que posee la demandante en su cuenta individual, como se dijo en párrafos anteriores, por lo tanto no se trata de una parte vencida conforme lo establece el artículo 365 del Código General del Proceso, y en ese sentido no hay lugar a la imposición de costas a su cargo, debiéndose **REVOCAR** la sentencia en este aspecto.

De igual forma, con respecto a las costas impuesta a COLPENSIONES, tampoco es procedente tal condena, toda vez que esta entidad fue convocada al proceso con el fin de que una vez se definida la controversia, reciba los valores devueltos por el fondo privado, y además cabe advertir que, no es competencia ni prerrogativa de COLPENSIONES, declarar la ineficacia de traslado oficiosamente, ya 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 también será **ABSUELTA** de las costas procesales de la primera instancia, y en tal sentido se **REVOCARÁ** la misma.

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 procesales de la primera instancia solo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES por no salir avante sus recursos. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1'000.000, que se dividirá en partes iguales para cada una.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, y se ordena a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** además de lo ya ordenado por el juez, la *prima*

de reaseguro de Fogafín, y este concepto junto con las cuotas de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los conceptos a devolver por parte de **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES**, y se le **ORDENA** a este fondo privado además de lo ya ordenado por el juez, trasladar los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes** y la **primas de seguros del Fogafín**, todos estos conceptos al igual que las cuotas de administración, debidamente **indexados**, con cargo a sus propios recursos, **por el tiempo en que la actora permaneció en dicho fondo.**

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

QUINTO: En lo demás se **CONFIRMA**, la sentencia de primera instancia.

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

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

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

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	Blanca Nelly García Giraldo
DEMANDADOS	Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-014-2019-00080
DECISIÓN	Adiciona, revoca 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 19 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 19 de agosto de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO