



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintiuno de octubre de dos mil veintidós**

#### **22-004**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **SERGIO ARMANDO LUJAN MARIN**  
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A.y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-**004-2018-00238-01**.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Se reconoce personería al Dr. JUAN CAMILO POLANIA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.017.216.687 y Tarjeta Profesional 302.253 expedida por el C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgada por la Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., para que continúe representando los intereses de Colpensiones.

A la doctora VANESSA TRUJILLO CORREA identificada con c.c. 1.128.418.653 de Medellín y T.P. N° 202.194 del C. S. de la J. en los términos de la sustitución de poder allegada por el Dr. DIEGO URIBE VILLA en calidad de apoderado judicial de la parte demandante.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 31** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

#### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

##### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **NULIDAD y/o INEFICACIA** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes económicos de pensión obligatoria, con sus rendimientos e intereses financieros, incluyendo el porcentaje aportado al Fondo de Garantía de Pension mínima. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas.

## **1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES, EXPUSO LOS SIGUIENTES HECHOS:**

- ✓ Que nació el 16 de agosto del año 1962.
- ✓ Que estuvo vinculado al ISS desde el 24 de septiembre de 1985 hasta el 26 de julio del año 1995, cuando se trasladó al RAIS a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.
- ✓ Que realizó traslado horizontal dentro del régimen de ahorro individual, afiliándose el 18 de agosto de 2005 a Protección S.A, fondo en el que actualmente permanece.
- ✓ Que ninguno de los fondos privados de pensiones le brindó una asesoría e información adecuada, integra, suficiente, clara, oportuna y cierta, sobre los efectos jurídicos y económicos de sus traslados, donde de manera objetiva se le indicaran las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, siendo su principal motivo para trasladarse la desmedida oferta comercial basada en el beneficio económica que le ofrecieron de que en el fondo privado su pensión sería superior y que podría pensionarse a cualquier edad y que el Seguro Social iba a acabarse y los dineros se iban a perder.
- ✓ Que no le informaron que tenía derecho a retractarse del traslado de régimen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en la que suscribió el formulario de vinculación o traslado de régimen pensional.
- ✓ Que previo al cumplimiento de los 52 años, no le informaron que podía retornar al RPM o sobre la no conveniencia de continuar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dada entre otras, un mayor valor de su mesada pensional.
- ✓ Que según proyección realizada por Protección, percibiría una mesada pensional a los 62 años en el RAIS de \$1.672.450, mientras que en el RPM sería de \$2.553.999.
- ✓ Que mediante derecho de petición solicitó a las hoy demandadas la nulidad de traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa por parte de todas las entidades.

## **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la fecha de nacimiento del actor, su calidad de afiliado al ISS y las actuaciones administrativas que adelantó ante esa entidad. Respecto de los demás hechos indicó no constarle al tratarse de actuaciones de un tercero. Por su lado, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A dieron respuesta a la demanda en términos similares, negando ambas el incumplimiento del deber de información y buen consejo, aduciendo que los asesores comerciales de esas administradoras son constantemente capacitados y son calificados para brindar a los afiliados información acerca de las ventajas y desventajas acerca de ambos regímenes pensionales, aunando que el afiliado firmó libre y voluntariamente los formularios de afiliación. PROTECCIÓN en igual sentido resaltó que el demandante fue objeto de re-asesoría pensional el 14 de julio de 2014, donde posteriormente a esa reunión, él decidió continuar vinculado al RAIS. En el mismo sentido adujeron que no les constaban los restantes hechos o que se trataban de apreciaciones de la parte actora que deberán ser probadas.

#### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a las administradoras del RAIS, entendiéndose que este había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ a PROTECCION S.A.** a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y todas las que actualmente reposen en la cuenta de ahorro individual del actor, como cotizaciones, aportes, rendimientos financieros, incluyendo las cuotas de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos al Fondo de Garantía a la Pensión Mínima, debidamente indexados desde su causación hasta su pago, estos últimos con cargo de su propio patrimonio.

CONDENÓ a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones los valores de gastos de administración, pago de seguro y reaseguro, pagos al Fondo de Garantía a la Pensión Mínima debidamente indexados por el tiempo que estuvo la demandante vinculada con esa administradora.

De otro lado ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero y reactivar la afiliación del actor en dicho fondo.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. fijando las agencias en derecho en la suma de \$3.000.000 en favor de la parte demandante.

Dentro del término concedido por la ley las entidades demandadas interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR**

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

### **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN**

#### **2.2.1. APELACIÓN DE PORVENIR**

Manifestó que con esta declaratoria de ineficacia se están afectando los principios confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional, al desconocerse el formulario de afiliación suscrito por el demandante en el año 1995, el cual cumple con los criterios legales exigidos para la época por el Decreto 692 del año 1994, donde se podía constatar la solicitud de vinculación de la parte actora. Agregó que en la sentencia se le esta indilgando cargas probatorias a la entidad casi que imposibles de cumplir, al exigirle pruebas diferentes al formulario de afiliación, máxime que para ese entonces, no se les exigía criterios diferentes a la administradoras como lo era dejar documentada la asesoría. Así mismo, advirtió que tampoco se puede desconocer las actuaciones que promovió el demandante dentro del RAIS, que generaron actos de relacionamiento conforme a las actuaciones de traslado horizontal, evidenciándose así la voluntad del demandante de permanecer en ese régimen y que en ningún momento se preocupó por su futuro pensional o de realizar alguna solicitud de retorno a Colpensiones antes de estar inmerso en una prohibición legal.

Agregó que se está vulnerando la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, literal e artículo 2° con lo cual se afecta el principio de estabilidad financiera, regulación que no fue impuesta por el legislador de manera caprichosa, para evitar los traslados de las personas en los últimos años, desconociendo además que las actuaciones del actor, desconociendo además que las actuaciones del actor se dieron de forma libre y espontanea, pues en ningún momento este presentó solicitud de denuncia, queja o inconformidad y que solo al estar ad portas del cumplimiento de una edad de pensión es cuando presentó alguna inconformidad, afectándose u opacándose así la sostenibilidad al

ordenársele a esa entidad el retorno de unos dineros a un sistema en que el demandante no ha pertenecido en los últimos 20 años.

Añadió que bajo ese entendido, tampoco se puede dejar de lado que, si bien es cierto que los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones, el actor también contaba con unas en su calidad de afiliado, las cuales debió de cumplir y no lo hizo, insistiendo que el demandante no se preocupó por su futuro y condición pensional y solo a hoy es que pretende ser beneficiario de el RPM, sin que pueda evidenciar una causal que afectara la libertad de escogencia.

Solicitó que de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se revocara la orden de devolución de gastos de administración en tanto que Porvenir ya trasladó a Protección todos los dineros pertenecientes de la cuenta de ahorro individual del demandante, además de que las sumas a retornar son: rendimientos y aportes, tal como lo ha indicado la Ley 100 de 1993 y en concepto del 17 de enero del año 2020 de la Superintendencia Financiera. Que las sumas de gastos de administración se generaron conforme a la generación de rendimientos, hecho que constata que esa entidad actuó de buena fe y diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones que tiene como fondo de pensiones, que en ese sentido se generó una debida administración, valores que son de tracto sucesivo y por ende no son objeto de devolución, máxime que en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, nos indica cuales son los valores a retornar en estos casos de ineficacia, aun cuando las sumas de gasto administración no financian la mesada pensional y por ende son susceptibles de prescripción.

Finalmente, advirtió que solo se esta condenando a Porvenir aun cuando hay otras partes vencidas del proceso y se omite el factor objetivo del artículo 365 del CGP y lo manifestado por la corte constitucional en C-157 de 2013, la cual indica que no se impone por el mal actuar o por mala fe, sino que están a cargo de la parte vencida del proceso, advirtiendo la recurrente que en la parte resolutive hay cargas impuestas tanto para Colpensiones como para Protección, por lo cual solicita que haya una “compatibilidad” de las costas procesales

### **2.2.2. APELA PROTECCIÓN**

Manifestó que no está de acuerdo con la orden de trasladar a Colpensiones las comisiones de administración, los seguros y reaseguros de manera indexada, toda vez que se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme la ley como contraprestación de la buena administración, como lo es permitido para cualquier entidad financiera, con la condena de primera instancia que le ordena devolver el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual mas los rendimientos financieros generados y

adicionalmente lo descontado por comisión de administración y lo descontado por los seguros previsionales se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera esta destinado a financiar la pension de vejez del demandante, recibiendo un capital por un dinero que no administró y que adicionalmente ya se esta trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, esto como buena gestión de la administración realizada por Protección, considerando que tiene derecho a conservar la comisión como restitución mutua y no hay razón para tenérsela que trasladar a Colpensiones, máxime por que no existe una norma que así lo regule.

Agregó que en ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la consecuencia de la declaratoria de la nulidad es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían unas consecuencias al considerar que el contrato de afiliación nunca existió, por tanto Protección no debió administrar los recursos de la cuenta ahorro individual, por lo que esos rendimientos no se causaron y no existió el cobro de una comisión de administración. Pero con la orden del juez se estaría desdibujando la consecuencia de la ineficacia y que supone de manera contradictoria negar el efecto de traslado y decir que nunca se trasladó al RPM y a su vez reconocer los gastos de administración, sería darle un efecto jurídico a ese traslado, pero al ordenar a Porvenir el retorno de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual se le está reconociendo un efecto que ha tenido la afiliación del demandante en el RAIS.

Agregó que el artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, frutos e intereses y abono de las mejoras, que con base a eso, se debe entender que aunque se declarara una ineficacia o una nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió el contrato afiliación no se puede desconocer que él bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, le asiste derecho a PROTECCIÓN a conservar la comisión de administración producto en la buena administración, ello sí efectivamente hizo rentar el patrimonio de la cuenta de la parte demandante.

Frente al seguro previsional, manifestó que ya fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por esos conceptos, por tanto Protección se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, además la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el acto suscrito entre el demandante y Protección.

Finalmente resaltó que frente a los cobros del 3% destinados al a la comisión de administración y seguro previsional opera la prescripción, ya que son conceptos que se van descontando con la periodicidad del tiempo que impone la ley y que no financian directamente la prestación de vejez.

### **2.2.3. APELACIÓN COLPENSIONES**

Expuso que si bien se habla de la carga dinámica de la prueba por la posición ventajosa de los fondos privados respecto a sus afiliados, la misma se hace suponiendo requisitos y obligaciones que debían cumplir los mismos de manera retroactiva a lo que la ley hoy establece, resultando casi que imposible imponer cargas, datos e información para las fechas que no era de rigor, por otro lado, si hay normativa que exige a los afiliados del Sistema General de Pensiones, como lo es: el deber de informarse sobre los movimientos y actuaciones consientes que realiza dentro del sistema y que de ninguna manera puede pasarse por alto, lo cual a la parte demandante solo le basta con negar de manera indefinida la omisión de información respecto de situaciones pensionales, que solo veinte años después vienen a ser de su interés, recordando solo el supuesto engaño e información que le suministraron, la cual no resulta ser falsa por parte de los fondos privados y de esta manera, dándose como probado todo lo manifestado en los escritos de la demanda, simplemente porque su mesada pensional variaría de un régimen a otro.

Señaló que la disparidad de cifras del sistema no es habilitante para que prospere una demanda ineficacia, además no es posible de hablar de desinformación o engaños a la hora de afiliarse a los cotizantes, considerando que el monto de la pensión de vejez en el RAIS está ligado por unas situaciones financieras que eventualmente pueden resultar en una variación en la pensión del afiliado, mesada que depende igual de muchos factores como por ejemplo: edad, beneficiarios expectativa de vida, saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, cálculo actuarial y aportes voluntarios.

## **2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES**

Solicitó que se le absolviera de las condenas impuestas, señalando que los medios probatorios que valoró el juez de primera instancia para fallar favorablemente a los intereses del actor, este al realizar la demanda no aportó ningún documento, ni siquiera se aportó el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado. Expuso que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar” y que para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular, la cual en sentencia C-086 de 2016 se analizó la constitucionalidad del art.167 del Código General del Proceso.

Añadió que si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse pues de lo contrario predominarían las conjeturas y suposiciones, y no los hechos debidamente demostrados en el proceso en los que intervino directamente el demandante. Que no se debe considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, ya que la ley estableció distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que a propio interés se asesoren de la mejor manera y que adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo.

Expuso que del trámite de primera instancia se evidencia claramente que no existió dolo, culpa, ni se forzó al actor a cambiarse de régimen, por lo que dicho traslado fue voluntario; que de acuerdo a la sentencia C-086 de 2016 emitida por la Corte Constitucional “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que: el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero y que le corresponde a la autoridad judicial corroborar si la parte accionante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, toda vez que con los presupuestos facticos introducidos en el libelo de demanda, se tiene que la parte accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, máxime que el actor al presentar actos de convalidación reafirmó su voluntad de permanecer en el RAIS. Que de igual manera el actor tenía la capacidad de discernir cual de los dos regímenes le era mas favorable, cuestionando y formulando las respectivas dudas que a bien tuviere, aun cuando el documento de afiliación se da en cumplimiento de los requisitos preceptuados en el artículo 1502 del Código Civil y que en todo caso era la parte demandante quien debía probar la mala fe de la sociedad demandada por realizar el acto jurídico de afiliarlo con temeridad y engaño, recordando que al momento de la celebración de ese negocio jurídico en la AFP recaían obligaciones y deberes del Decreto 663 de 1993.

Manifestó que se debe acreditar que la AFP a la que se afilió el actor incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, esto es, brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y en esa medida poder dar rienda suelta al art.1604 del C.C. pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa en tal incumplimiento. Dicho de otra forma, la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera (art.97 del Decreto 663/1993 y sus modificaciones), sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, única persona que des pues de conocer las características del régimen podrá



sopesar si la escogencia del RAIS resulta adecuada y atractiva para el fortalecimiento de su vida, pues al gozar de capacidad de ejercicio, quien celebra el contrato de afiliación está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido. En este punto se concluye, que en el presente caso no solo suscribió el formulario de vinculación al RAIS a través de LA AFP, sino que también se cumplió con los lineamientos fijados en la ley, procedió a reiterar su voluntad de permanencia en dicho régimen, al trasladarse, lo que supone que estaba conforme con los beneficios de dicho régimen. Trayendo también a colación la C-789 de 2002 donde la corte precisó los alcances de los derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional

### **2.3.2. ALEGATOS PORVENIR**

Tras realizar un recuento de lo acontecido en el proceso, indicó que debía revocarse en su integridad la sentencia proferida toda vez que el demandante no había acreditado un vicio en el consentimiento, ni ninguna de las causales previstas en el art. 1741 del CC, por lo que el acto de vinculación al RAIS fue eficaz, aunado a que el incumplimiento del art. 271 de la Ley 100 de 1993, bajo las intenciones que allí se mencionaban, únicamente implicaba la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo y en todo caso se estaban acogiendo presupuestos de diferentes codificaciones sin que resultara viable escindir compendios normativos. Tampoco era dable acudir a lo previsto en el art. 899 Código del Comercio.

Recuerda además que la afiliación reposa en un documento público que se presumía auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contenía la declaración estipulada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, por lo que no se le debía restar valor probatorio.

Agrega que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo normado en los artículos 1742 y 1743 ibidem, por la ratificación tácita de la demandante, debido al tiempo de permanencia en el régimen privado, debiéndose privilegiar su inequívoca voluntad.

Destaca que garantizó el derecho de retracto, que la vinculación realizada fue de forma libre y voluntaria, brindándose una información oportuna y completa, que cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía su poder como el formulario de afiliación, que jurídicamente no es viable imponerle cargas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado, que el afiliado contaba con diferentes canales de comunicación, que debía realizarse un

análisis conjunto y crítico de todas las pruebas, que el contrato era ley para las partes y debía producir consecuencias respecto de quienes lo celebraban.

Posteriormente recalca que no se podía confundir la ineficacia de un acto jurídico (acto que no produce efectos) con la nulidad absoluta, como de manera general se hacía, realizando algunas consideraciones en torno los aspectos característicos de cada figura.

Que de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no podía olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que debían trasladarse cuando existía el cambio de régimen, esto es “*el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)*”, lo que impedía que legalmente pudiera ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma, máxime si ningún otro valor estaba destinado a financiar la prestación, so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; que ordenar el reintegro de los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Posteriormente aclara que:

*Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada, es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

*Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.*

*Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).*

*En cuanto a las pautas que da el segundo inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.*

*Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante, se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”*

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Colfondos S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Finalmente destaca un razonamiento plasmado en un salvamento de voto según el cual se tenían que tener en cuenta las particularidades de cada asunto porque *“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”*.

Por las anteriores consideraciones, solicita que se analice las circunstancias particulares pues aduce que no se acreditaron presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, aunado a que cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por el demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

### **2.3.3. ALEGATOS DEMANDANTE**

Con fundamento en las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1452, SL1688, SL1689, SL4630 y SL 4426 del año 2019, señaló que había quedado probado que la decisión del traslado de régimen adoptada por él, fue motivada e inducida por una información

imprecisa e incomprensible suministrada por Porvenir, que dicho fondo tampoco acreditó de manera responsable, diligente y objetiva frente al manejo de la información laboral y seguridad social en pensiones, que tampoco le brindó ilustración de las modalidades de pensiones en el RAIS, ni le informó sobre el derecho de retracto, quedando así dilucidado que como afiliado no tuvo la oportunidad al momento de trasladarse de régimen, dimensionar, comprender o entender las implicaciones económicas y jurídicas que a futuro impactaría dicha decisión, la cual reiteró que debió ser suministrada por la AFP Porvenir a través de su asesor comercial.

### **3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA**

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a las AFP accionadas y si dichos emolumentos son objeto de prescripción. Así mismo se estudiará si es viable extender la condena en costas a Protección y a Colpensiones.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de apelación, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

### **4. CONSIDERACIONES**

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna*. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte

que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 26 de julio de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A (fl 43 del archivo 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor SERGIO ARMANDO LUJAN MARÍN en el aludido interrogatorio expuso que es conductor para EPM. Respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS en cabeza de la AFP Colpatría adujo que, le ordenaron asistir a un evento donde habían diferentes entidades, tomando la decisión de vincularse con Colpatría ya que a su parecer era la opción que mejor la parecía, advirtiéndole que no tenía conocimiento acerca de lo que estaba haciendo, pero que tenía la obligación por la entrada en vigencia de la Ley 100 de escoger un fondo privado, señaló que con el asesor solo tuvo una reunión de 20 minutos en los cuales NO recordó que le hayan informado que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni como se construiría su pensión en dicho fondo, de rendimientos o lo que eran los aportes voluntarios, advirtiéndole que en el acápite de beneficiarios consignó allí el nombre de su esposa y de sus hijas mas por responsabilidad propia que por conocimiento o información brindada por el asesor.

Sobre la MOVILIDAD indicó que resultó estar vinculado a HORIZONTE sin saber la razón, de oídas se enteró de que ese fondo tampoco era bueno y que luego de atender comunicación de un asesor de Protección, se vinculó con esta última entidad debido a que le ofrecieron mejores beneficios, conociendo que también era una administradora privada, pero sin saber o comprender realmente cuales eran sus beneficios.

Respecto a la RE-ASESORÍA afirmó que el asesor solo le señaló como mejor opción permanecer en Protección, que en ningún momento le dijo que lo más conveniente para él era retornar al régimen público administrado hoy por Colpensiones y confiando en el asesor, decidió permanecer en el RAIS.

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.



Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del señor **SERGIO ARMANDO LUJAN MARÍN**, quien en 1995 se vinculó a Colpatria hoy Porvenir y luego el 18 de agosto de 2005 se trasladó a la AFP Protección S.A. conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 406 del archivo 01 del expediente digital). Lo anterior por cuanto, de un lado, importa examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue

informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

Igual situación se predica la RE-ASESORÍA de la que fue objeto el demandante el 15 de julio de 2014 (fl.461 del archivo 01 del expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad- portas del cumplimiento de los 52 años, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN hubiese desmotivado oportunamente a el accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

“(...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría o una movilidad, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por el a quo, toda vez ordenó a PROTECCIÓN devolver todos los aportes

realizados, incluyendo los tres conceptos aludidos, última orden que también extendió a la AFP PORVENIR respecto al tiempo que el demandante estuvo vinculado a COLPATRIA y HORIZONTES fondos que fueron fusionados con la hoy demandada.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es Protección S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en Colpatría y Horizonte hoy Porvenir en virtud de cesión por fusión.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán

utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que *«las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»*, debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó 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 afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Empero, ello NO quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

Ahora, también menciona la recurrente que si bien el precedente ha señalado que la acción a través de la cual se pretende la declaratoria de ineficacia no *prescribe*, tal fenómeno sí debe operar respecto de los montos a retornar. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad.

Mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reiteró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, administradoras. Así mismo, en sentencia SL1942-2021 se adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no es dable acoger los razonamientos de la recurrente en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivada de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

Así mismo estima la Sala que se debe ordenar la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, tal y como de forma acertada lo indicó la *a quo*, cuando señaló que este dinero debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, pues el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo, debiendo CONFIRMARSE la sentencia en este punto.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó 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 afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021

Sin embargo se ADICIONARÁ el fallo en mención, indicando que al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo ordenó la Corte en sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de PORVENIR de que se extienda la condena en costas que en primera instancia a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN porque en su criterio también fueron vencidas en el proceso, resulta pertinente indicar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General de Proceso, inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, dado que sólo se examinaba si había salido avante la totalidad o no de las pretensiones, sin atender la buena o mala fe de la entidad. Sin embargo, tal posición fue morigerando en casos en los que no había sido la conducta de la entidad la que originó el conflicto que hoy se pone en conocimiento de esta Sala, máxime cuando la postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento ha dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

De ahí que cualquier decisión de Colpensiones tendiente a negar administrativamente el traslado que judicialmente solicitó la accionante, no resulte caprichosa, sino que proviene de la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003 en torno a la imposibilidad de trasladarse entre régimen cuando un afiliado se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse. Tal criterio se adoptó con ocasión de la expedición de la sentencia con radicado 44.454 del 2 de octubre de 2013, debate que se dio desde la óptica de la improcedencia de los intereses moratorios en aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo dentro de los plazos estipulados, se encontraran justificadas.

*Mutatis mutandis*, se ha aplicado dicho criterio PERO UNICAMENTE respecto de las costas procesales que se tasan en primera instancia a cargo de Colpensiones, no así respecto de las

administradoras del RAIS accionadas, pues lo que en este aspecto se analiza no es precisamente la negativa de la respuesta a un derecho de petición, sino los efectos de una afiliación a otro régimen, es el actuar u omisión de aquellas en el que cimenta la necesidad de un afiliado de activar el aparato judicial en aras de obtener la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico, habiendo salido avante las pretensiones que en tal sentido se incoaron, razón que aunada a las que preceden impiden a esta Magistratura imponer condena en costas a Colpensiones, como lo solicita la apoderada de PORVENIR, por lo que no es posible extender dicha condena a esta entidad y por tanto no puede aplicarse una compatibilidad frente a las costas impuestas a la AFP frente a COLPENSIONES, sin embargo dicho criterio no puede aplicarse respecto a PROTECCIÓN, AFP que resultó vencida en el proceso y cuya omisión en el deber de información frente al demandante llevó al actor a permanecer en el RAIS y posteriormente tener que acudir a la justicia para buscar la ineficacia del traslado.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la decisión de la a quo en cuanto se abstuvo de imponer costas en primera instancia a COLPENSIONES, pero se MODIFICARÁ extendiendo dicha condena frente a PROTECCIÓN disponiendo que los \$3.000.000 que fijó el a quo como agencias en derecho en primera instancia a favor del demandante estarán a cargo de PROTECCIÓN Y PORVENIR.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **adicionándola y modificándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PROTECCION S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor del demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.

## 5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

**PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **SERGIO ARMANDO LUJAN MARIN** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.619.875 contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

**SEGUNDO:** se **ADICIONA** el numeral segundo y tercero del fallo, bajo el entendido que **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, al momento de cumplir la orden, los conceptos que traslade a COLPENSIONES deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: MODIFICA** la condena en costas en primera instancia disponiendo que los \$3.000.000 que fijó el a quo como agencias en derecho a favor del demandante estarán a cargo de PROTECCIÓN Y PORVENIR.

**CUARTO:** Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y COLPENSIONES y a favor del demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

**Los magistrados**  
(Firmas escaneadas)



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

**HACE SABER:**

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **SERGIO ARMANDO LUJAN MARIN**  
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A.y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: **05001-31-05-004-2018-00238-01.**  
Tema: **ineficacia traslado**  
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**  
Fecha de la sentencia: **21/10/2022**

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/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **24/10/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario