



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, seis de diciembre de dos mil veintidós**

#### **21-230**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **JUAN CARLOS MEJÍA GIL**  
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y CAXDAC**  
Radicado No.: 05001-31-05-007-2019-00677-01.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

Link: [21-230 \(007-2019-00677\)](#) expediente digital

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 Colpensiones y el demandante contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Conforme memorial allegado, se reconoce personería al Dr. DANIEL MATEO ORTIZ GONZALEZ identificado con C.C. No. 1.037.505.355 y portador de la T.P. No. 342.083 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado principal Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, representante legal de la firma MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., última a quien previamente el despacho le había reconocido personería.

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 35** 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 **INEFICACIA** o subsidiariamente la NULIDAD absoluta del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Protección S.A. trasladar a COLPENSIONES (o subsidiariamente al CAXDAC) todos y cada uno de los aportes completos con sus respectivos *rendimientos*, y *sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, descuento por comisiones, ni por las mesadas pensionales canceladas hasta la fecha*. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas, reactivar la afiliación en el sistema y cargar en su historia laboral todas las cotizaciones.

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

- ✓ Que nació el 29 de noviembre de 1960.
- ✓ Que laboró para ACES entre el 15 de mayo de 1983 y el 14 de septiembre de 1990, y del 4 de agosto de 1993 al 18 de marzo de 1997, cotizando a través de la Caja de Auxilio y Prestaciones de ACDAC- CAXDAC.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS el 19 de noviembre de 1990 y realizó aportes hasta 31 de diciembre de 1994.
- ✓ Que cotizó 651.14 semanas correspondiente a la sumatoria del tiempo de permanencia en el ISS y en CAXDAC.
- ✓ Que el 19 de marzo de 1997 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y aquellos aspectos que nunca le explicó el asesor. Igualmente refiere falencias del formulario).
- ✓ Que actualmente cuenta con 1.610 semanas cotizadas en toda su vida laboral.
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de cumplir el requisito de tiempo para pensionarse.
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media habría percibido una mesada superior a la ofrecida en el RAIS (\$4.214.955 versus \$2.865.121).
- ✓ Que nunca fue re-asesorado.

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

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones únicamente aceptando los hechos relativos a edad y afiliación al extinto ISS precisando que el actor cotizó 108.71 semanas a dicha entidad. Aclaró que en virtud de la edad no le era factible retornar a dicho régimen.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. negó el incumplimiento del deber de información y señaló que el acto jurídico era plenamente válido y eficaz dado que cumplió a cabalidad con las exigencias de la época, aunado a que brindó una asesoría clara, completa, integral, honesta y personalizada en los aspectos que reseña, siendo inexistente algún vicio en el consentimiento.

Finalmente se pronunció CAXDAC aclarando que era una caja del sector privado y fungía como administradora del régimen de prima media de los aviadores civiles, pilotos y copilotos. Aceptó unos extremos temporales incluso superiores respecto de los tiempos laborados a favor de ACES en liquidación, y precisó que los empleadores reportaban los tiempos de servicios más NO efectuaban cotizaciones a favor de estos afiliados, obligación que sólo surgió tras la entrada en vigencia del sistema, de ahí que desde el 1 de abril de 1994 se realizaran aportes (lo que sucedió hasta marzo de 1997), data a partir de la cual NO recibía nuevos afiliados o traslados, es decir, que era una caja cerrada, por lo que considera que es Colpensiones la encargada de recibir al demandante.

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

Mediante sentencia proferida el 29 de junio de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo de la cuenta de ahorro individual y los aportes efectuados al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, exceptuando de la devolución lo correspondiente a cuotas de administración y las sumas que hubiesen sido destinadas al pago de seguros previsionales para los riesgos de invalidez y muerte. De otro lado, ORDENÓ a Colpensiones recibir este dinero y reflejarlo en la historia laboral, al igual que los *tiempos cotizados* al CAXDAC, última a la cual ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A. fijando como agencias en derecho la suma de dos SMLMV a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y la parte actora interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DE LA 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, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar.

## **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **2.2.1. DEMANDANTE**

Su inconformidad radicó en que NO se ordenó la devolución de los valores de seguro previsional y las cuotas de administración, pese a que en los procesos donde se perseguía la ineficacia de la afiliación, aquella restitución se ordenaba dado el efecto que tenía la ineficacia, como lo era retrotraer las cosas al estado inicial, es decir, al momento en que se firmó el formulario, debiendo responder cada fondo por las cuotas de administración descontadas, junto con los valores del aludido seguro durante la época en que la persona estuvo en el fondo, tal y como se había indicado en las sentencias SL2877 de 2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas, y SL1688, oportunidad donde se preció que todos los aportes se devolvían de forma completa, sin ningún descuento.

Por ello solicita se revoque parcialmente la sentencia proferida, confirmándose en lo demás.

### **2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES**

Solicita que se modifique los componentes que la AFP debe devolver a favor de Colpensiones, incluyéndose la prima del seguro previsional y lo atinente a la comisión de administración, además de forma indexada, toda vez que la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2308 y SL2232, señaló las administradoras de pensiones deben restituir aquellos conceptos debidamente indexadas y causados durante el período de afiliación del asegurado a cada AFP, siendo ello la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado, siendo ello precisamente lo que condenó la a quo, debiéndose retrotraer todo lo actuado como si nunca hubiera existido en la vida jurídica, es decir, el acto primigenio de la afiliación NO existe, y por ende mal se haría en favorecer a la AFP Protección de un acto que nunca existió permitiéndole conservar los conceptos aludidos. Destaca que tanto la aseguradora como Colpensiones, son terceros de buena fe, de ahí que NO deba asumir las mermas correspondientes sino Protección quien debe velar por ese valor total de la cotización.

## **2.3. ALEGATOS**

### 2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Varios son los aspectos por lo que a su juicio debe revocarse la decisión de primera instancia. En cuanto a la improcedencia de la declaratoria de ineficacia señala que COLPENSIONES no hizo parte del contrato de vinculación de la demandante al RAIS, ni intervino en el uso de maniobras contrarias a la ley para obtener el traslado de los afiliados con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Agrega que la voluntad de la parte actora de poder emigrar de un régimen a otro, es un derecho consagrado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que tiene como limitante el hecho de que no se puedan efectuar traslados entre regímenes cuando a la persona le falten menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Restricción que *tiene razón* por que en Colpensiones no se ha establecido un total de capital para el debido reconocimiento y pago de una pensión en el futuro. Agrega que el actor tampoco hizo uso del derecho de retracto.

Y si bien en asuntos como este la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de los fondos de pensiones, lo cierto es que NO existe un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, ni se está atendiendo las situaciones particulares de cada caso. Efectúa algunas consideraciones en torno a la inversión de la carga dinámica de la prueba. En este punto recuerda que un afiliado también tiene obligaciones que implican la aceptación de los efectos legales, costos y restricciones derivadas de esta. En el Decreto 2555 de 2010 se establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero y en su artículo 2.6.10.1.4 determina las obligaciones que debe atender el afiliado que pertenezca al Sistema General de Pensiones, como informarse de las condiciones del sistema, emplear adecuada atención y cuidado en la toma de decisiones, leer las condiciones de afiliación al Sistema, revisar las condiciones de afiliación o traslado, etc.

Que aunado a ello, para el momento del traslado se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, y atendiendo a la naturaleza financiera especial de los fondos de pensiones, estos tenían el deber de suministrar a los posibles afiliados la información necesaria que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado, por lo que la situación del actor debía analizarse a la luz de las normas existentes al momento de la afiliación, pues no podía desconocerse que el deber de información de las administradoras de pensiones, había tenido varias etapas que reseña. Que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado

es quien debe afrontar la carga de la futura prestación, generándose para esta un desequilibrio financiero.

Otro de los puntos que resalta es LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN y la necesidad de la DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, último aspecto en el que cita apartes de la sentencia CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008, y trae a colación otras tantas emitidas por esa misma corporación, además de los artículos 1746 del C.C. y 963 del C.C, el artículo 48 de la Constitución Política, las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, para señalar que se debe ordenar a las AFP del RAIS la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las posibles pensiones de los afiliados que retornaran al régimen, esto es: recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual, de manera indexada.

Que el demandante no pudo asumir una actitud 100% pasiva, pues hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el contrato de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, el mismo es desestimado, lo que lleva a imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, constituyéndose en una situación de carácter imposible y desigual para las partes dentro del proceso.

Hace énfasis en la AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN, destacando los deberes del consumidor financiero, en virtud de lo cual no podían considerarse como inexpertos, incapaces, o una parte débil e indefensa, menos aún de cara a diferentes actos de relacionamiento (solicitar información de saldos, actualizar datos, asignar y cambiar claves), los que denotaban un compromiso serio de pertenecer al RAIS.

Por último, solicita a la Sala que se abstenga de imponerle sanción en costas, aduciendo que a lo largo del proceso ha obrado de buena fe y conforme a derecho, aplicando la Constitución, la ley el precedente jurisprudencial.

### **2.3.2. ALEGATOS PARTE DEMANDANTE**

Expresamente indicó que:

## EL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es importante resaltar, Honorable Magistrado, el deber de las administradora de fondo de pensiones, porque es de ahí que parte el deber ser del proceso en mención, por ello, mostramos un breve recuento del precedente en los temas de ineficacia de afiliación.

La decisión de un afiliado que estaba cotizando en el I.S.S. o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, de trasladarse al RAIS, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse

Para este apoderado judicial, no queda duda que las entidades que administran el régimen de ahorro individual, no sólo tienen el deber sino la obligación de brindar asesoría personalizada, completa, y eficaz, con el fin de entregar al afiliado toda la información necesaria para que éste tome la mejor decisión, en la medida en que es ella la que cuenta con el conocimiento de la normatividad que regula el Régimen con sus características particulares, la formación en materia financiera y la experiencia, mientras que el ciudadano que pretende afiliarse, ignora tales detalles y confía plenamente en que recibirá la asesoría adecuada y completa, para de ese modo tomar una decisión informada, libre y voluntaria.

Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la Ley 1328 de 2009 artículos 3,5,7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, lo cierto es que esta obligación se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado de la demandante, el señor JUAN CARLOS MEJIA GIL, sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100. Para ello baste citar, el artículo 13 literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100, en concordancia con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

Siendo así las cosas, conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión y la claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a ésta prestación, son aspectos que deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.

En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la administradora de pensiones en esa etapa previa y preparatoria a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “deber del buen consejo” en los términos definidos por la Sala Laboral De La Corte Suprema De Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.

Respecto a este deber de información se tiene que el señor JUAN CARLOS MEJIA GIL, no se le brindó la asesoría adecuada, aspecto que compartimos con él a quo.

## CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS DE INEFICACIA DE AFILIACIÓN

La jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido consolidándose como precedente vertical, desde el año 2008 con las sentencias con radicado 31.314 y 31.989 del 9 de Septiembre de dicha anualidad, posteriormente en sentencias con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, en sentencias como la SL

12136 radicado 42.292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia de instancia SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 del 2018 y SL 1688 de 2019.

Esta línea jurisprudencial incluso ha sido retomada por la Corte Constitucional en sentencias de tutela donde ha protegido a los afiliados de sentencias violatorias al precedente de la Corte Suprema de justicia, pues manifiesta las Corte que ya se ha constituido un precedente en procesos de ineficacia de afiliación y deben ser acataos por los jueces y tribunales.

Ahora, con respecto a la carga de la prueba a favor del afiliado, Ha replicado la Corte que es una obligación a cargo de las Administradoras de fondo de pensiones, traigo a colación de la sentencia SL 1452 de 2019, así:

... “como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión” ...

Es evidente entonces que el fondo privado en el proceso que hoy nos convoca no cumplió con este deber o carga procesal impuesta, pues no logro demostrar que se hubiese asesorado al señor JUAN CARLOS MEJIA GIL, con tal especialidad que incluso desmotivara a afiliarse en el Régimen de ahorro individual.

#### PRECEDENTE JUDICIAL

Ahora, la jurisprudencia ha sido pacifica en casos similares como el del señor JUAN CARLOS MEJIA GIL, por lo que con todo respeto solicitamos a la Honorable sala de decisión, acatar el precedente judicial, vertical y horizontal en el presente proceso.

Pues en diferentes providencias de esta Sala se ha demostrado el precedente horizontal con respecto a este proceso, y en ellos traigo a colación apartes tomados de la sentencia del 08 de julio de 2020, con radicado 05001-31-05-005-2018-00602-00, donde es evidente la línea jurisprudencial acatada por esta corporación, así:

“De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas principales establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente”

#### DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN

En los procesos donde se persigue la ineficacia de la afiliación se ha indicado que el efecto de la INEFICACIA es retrotraer las cosas al estado inicial, es decir al momento en que se firmó el contrato declarado hoy ineficaz, por lo que deben responder todos los fondos de pensiones por las cuotas de administración descontada durante la época en la que estuvo el demandante en el fondo, puesto esto se ha indicado en sentencias como la SL 2877 del 29 de julio de 2020, con radicación 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En dichos términos solicita se confirme la sentencia de primera instancia, declarando la ineficacia de afiliación del señor JUAN CARLOS MEJIA GIL, ordenando el traslado de los aportes a COLPENSIONES, frutos e intereses, las cuotas de administración, la reactivación de la afiliación, cargar las cotizaciones en su historia laboral y demás pretensiones consecuenciales expuestas en la demanda, sin ningún descuento o cobro de comisión.

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

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, parecería que el problema jurídico a resolver estribaría únicamente en determinar qué haberes le corresponde retornar a Protección S.A.

No obstante, 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.

Por ello inicialmente 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.

### 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:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales,
ETAPA EN LA	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de	lo que incluye dar a conocer la existencia

<b>QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</b>	2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 19 de marzo de 1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCION S.A. (fl. 277 del archivo 02 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 la extinción del CAXDAC, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración. Lo anterior aunado al ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor JUAN CARLOS MEJÍA GIL en el aludido interrogatorio expuso que actualmente es piloto comercial. Respecto del traslado a Protección adujo que un día, tras llegar de volar, estaba en la sala de pilotos y un asesor de ese fondo le dijo, aprovechando el rumor de la época en todos los aeropuertos de que la CAXDAC se iba a acabar, que era mejor que se pasara, y simplemente preguntó *¿Qué tengo que hacer?, le respondieron: firme aquí con sus datos* y que eso hizo, lo cual duró como 20 minutos. Que estaba solo y el asesor iba cogiendo al que iba llegando. Firmó porque NO quería quedarse sin los ahorros. Que NO recuerda que le hablaran de que tendría una cuenta, pero sí que podía hacer unos aportes adicionales, aunque desconoce su finalidad. Que tal vez le indicaron que podría pensionarse de manera anticipada, a la edad que quisiera, ese es el beneficio que recuerda. Que también le dijeron que si se pasaba, ya quedaba la plata segura. Que nada le explicaron de qué pasaría con los aportes tras su muerte. Que no fue obligado a firmar, lo hizo en sus 5 cabales y confió en la buena fe de la gente. Que recibe extractos pero que sólo *ve un poco de semanas ahí y le digo honestamente eso no lo entiende nadie, me quedo gringo cada vez que lo recojo*. Que nunca ha solicitado asesoría adicional al Seguro Social y al fondo, que el único contacto fue cuando firmó y de resto no volvió a saber de ellos. Que actualmente pretende retornar porque *todo se fue enredando*, dado que una compañera se jubiló y le explicó que le iría mejor por el otro lado, que era mejor pasarse, y ahí fue cuando se dio cuenta que su jubilación iba a ser muy poquita pese a que ha aportado muchos años, le darían casi la mitad. Que NO diligenció el formulario pero sí firmó y reportó la información que allí reposa, excepto de que estaba en el ISS, porque venía era de la CAXDAC. Que en el ISS sí estuvo, pero como un año, con una empresa diferente a ACES, que en orden cronológico fue CAXDAC, ISS, otra vez CAXDAC cuando volvió a ACES y ya PROTECCIÓN S.A. Que hoy siente que Protección le incumplió con los beneficios que le hablaron, menos cuando nadie le habló de la platica. Que intentó volver a la CAXDAC y la Superintendencia le dijo que no. Que sabe que Colpensiones hoy le ofrece más, desconoce cuánto, y debe cumplir con unas semanas y edad. Desconoce el monto de sus rendimientos.

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, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, 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 el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Valga aclarar en este punto que, al margen de cuál fuese la entidad a la cual estaba afiliado el actor al momento del traslado al RAIS, la ineficacia judicialmente declarada implica el retorno del afiliado a

Colpensiones, NO así a CAXDAC, dado que actualmente el régimen de prima media es administrado por la primera de las entidades aludidas.

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

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, dígase 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 **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Protección S.A. devolver solo los recursos de la cuenta de ahorro y los aportes al FGPM, no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, pues excluyó los costos administrativos y seguros previsionales, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

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.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente ADICIONAR el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Protección S.A. 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, aplicando la siguiente fórmula:  $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$ . Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida, Protección S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se adicionará el fallo.

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, **modificándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos. Sin costas en esta instancia dado que ambos apelantes tuvieron éxito en el recurso.

---

<sup>1</sup> Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

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 29 de julio de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JUAN CARLOS MEJÍA GIL** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.593.995 contra **COLPENSIONES, PROTECCCIÓN S.A. y CAXDAC**.

**SEGUNDO:** se **MODIFICA** el numeral tercero del fallo bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada, trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, montos que serán debidamente INDEXADOS al momento del pago, oportunidad en la que además PROTECCIÓN S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, puntos en los que se ADICIONA la sentencia en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, manteniéndose el plazo concedido por la a quo.


**TERCERO:** sin costas en esta instancia. Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(Firmas escaneadas)

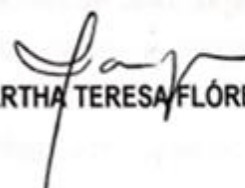
Los Magistrados,



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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	<b>JUAN CARLOS MEJÍA GIL</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y CAXDAC</b>
Radicado No.:	05001-31-05-007-2019-00677-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	<b>MODIFICA SENTENCIA</b>
Fecha de la sentencia:	<b>06/12/2022</b>

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 07/12/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario