



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintitrés de enero de dos mil veintitrés**

#### **21-060**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN  
Demandante: **MAURICIO DE JESUS PASCUALE POSADA BIBOLOTTI**  
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-004-2018-00179-01.  
Tema: Ineficacia traslado  
Decisión: **ADICIONA**

Link: [21-060 \(004-2018-00179\)](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las entidades accionadas en el proceso de la referencia.

En los términos del poder allegado, se reconoce personería a la Dra. MARIA JOSE OTERO MARTINEZ, identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.152.185.422 y portadora de la T.P. N° 242.503 del C. S. de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de Colpensiones en los términos del poder conferido por la Dra. ELIANA MORENO PEDROZA en su condición de representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., quien a su vez actúa como apoderada general de dicha entidad.

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 1** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

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

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

Solicita la parte actora mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** de la afiliación a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad y en consecuencia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados (saldo de la cuenta), con los respectivos rendimientos indexados.

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

- ✓ Que nació el 6 de abril de 1958.
- ✓ Que cuenta con más de 1.399 semanas cotizadas al sistema.
- ✓ Que en junio de 1996 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y los aspectos que nunca le explicó el asesor), lo que le causó un perjuicio de suma trascendencia de cara a su pensión de vejez, dado que, de haber permanecido en el régimen de prima media, obtendría una mesada pensional superior a la liquidada en el RAIS.
- ✓ Que además no existen soportes de la asesoría brindada al momento de la afiliación.
- ✓ Que solicitó traslado a Colpensiones, pero le fue negada dicha petición por estar a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse.

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

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aceptando los hechos relacionados con la edad del actor, la densidad cotizada al sistema y la fecha del traslado de régimen, no así las condiciones en que se dio aquel acto. Agrega que en razón de la edad, el demandante se encuentra inmerso en la imposibilidad jurídica para acceder al traslado de régimen, por expresa disposición legal (art. 13 de la Ley 100 de 1993).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. adujo que suministró al demandante una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz en los aspectos que reseña, tornándose inexistente un vicio en el consentimiento y conforme los parámetros que determinaba la normatividad legal vigente para la época.

## **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 26 de enero de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la administradora del RAIS, entendiéndose que esta había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. CONDENÓ a Protección S.A. retornar a Colpensiones, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todas las sumas que recibió con ocasión del traslado como cotizaciones de aportes completos, rendimientos, incluyendo las cuotas de gastos de administración, los pagos de seguro y de reaseguro y los pagos destinados a la conformación de la garantía de pensión mínima, precisando que los últimos tres conceptos debían remitirse de manera indexada.

De otro lado ORDENÓ a COLPENSIONES brindar todas las garantías de la afiliación, resolviendo la solicitud pensional en el momento que se hiciera, sin necesidad de esperar la llegada de los capitales de la cuenta de ahorro individual y proceda a ajustar el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad

Condenó en costas a Protección S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$3.500.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, tanto COLPENSIONES como PROTECCIÓN S.A. interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

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

Respecto a la ineficacia declarada, 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.

Señaló que NO se podía someter el derecho al pago de los conceptos que le correspondía retornar a Protección, máxime si Colpensiones contaba con las herramientas para ejecutar el fallo, evitando así ese riesgo fundado y por el contrario garantizando el acceso a la pensión, especialmente si tenía acceso a la historia laboral y se financiaba con una bolsa común de naturaleza pública.

### **2.2. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **2.2.1. PROTECCIÓN S.A.**

Se opuso al retorno de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Considera que hay una indebida aplicación de los efectos de las restituciones mutuas establecidas en los artículos 1746, 964 y 965 del Código Civil, cuyo análisis no efectuó el despacho.

Referencia apartes de la sentencia SL1421 de 2019, acogida por el a quo, para resaltar que a través de la misma se estaba desconociendo lo que de antaño había ilustrado la Sala Civil de la misma corporación desde 1999, respecto de los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato, razón por lo que resultaba desacertado el ejercicio hermenéutico de Sala Laboral sobre las consecuencias de la ineficacia de los traslados, el cual califica de incompleto, parcializado e insuficientes al proferir condenas que sobrepasaban los linderos de las figuras de restituciones mutuas, pareciendo más de carácter punitivo y sancionatorio.

Recuerda cual es la destinación de los emolumentos, a cuya restitución se opone, destacando que existía un fundamento en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual la decisión cuestionada realmente implicaba un enriquecimiento sin justa causa, máxime si Colpensiones también efectuaba dicho descuento con igual finalidad, empero recibiría un pago sin tener que soportar alguna carga respecto de las contingencias de vejez, invalidez y muerte del actor, y tampoco gestión alguna para administrar los aportes, lo que sí efectuó Protección S.A., obteniendo unos rendimientos que superaban el capital cotizado, aspecto ignorado por el precedente, al igual que el inciso final del art. 964 del CC.

Que en tal sentido, los gastos de administración fueron invertidos en producir esos rendimientos financieros causados, de ahí que Protección conservara el derecho a retenerlos.

Que igualmente se desconocía lo previsto en el art. 965 relativo a los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y las restantes primas, ya que tales descuentos no podían asumirse como un deterioro o pérdida, sino las expensas necesarias dirigidas a la conservación de la cosa administrada. Que de no haber destinado esos montos de la manera que lo hizo, hubiese incumplido con sus obligaciones como administradora, y tampoco hubiera podido garantizar las prestaciones económicas derivadas de la invalidez y la muertes, ni hubiese cumplido con el aspecto de la solidaridad en el RAIS, materializado precisamente con el fondo de garantía de pensión mínima con base en el cual hoy muchos colombianos recibían su pensión; de ahí que decisiones como estas estarían generando una descapitalización de dicho fondo.

Efectúa algunas consideraciones es en torno a cómo debería aplicarse los principios de igualdad ante la ley e inescindibilidad, expresando que se estaba aplicando en contra de las administradoras unos fundamentos normativos, pero se desconocía los apartes que la beneficiaban.

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

Señala que el fallo viola directamente la Constitución Política y desconoce el principio de la sostenibilidad financiera, dado que ponían en riesgo el derecho a la seguridad social de los demás afiliados dado el gran impacto fiscal de la entidad, descapitalizando el régimen de prima media, dado que personas que no estuvieron contribuyendo a su formación, a último momento se beneficiarían de un ahorro comunitario.

En dichos términos solicita se revoque la sentencia.

## **2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.3.1. COLPENSIONES**

Tras realizar algunas consideraciones en torno a la carga dinámica de la prueba, vicios en el consentimiento, etapas del deber de información y actos de relacionamiento, concluyó que:

Colpensiones como entidad de derecho público, no incumplió ningún mandato constitucional, legal o reglamentario que le pueda ser endilgado, pues por el contrario permitió el libre tránsito de afiliados entre regímenes pensionales; por lo que no puede ser reprochado su actuar.

De la evidencia probatoria se colige sin lugar a dudas que el traslado efectuado por la actora fue voluntario, que cumplió con todos los requisitos de fondo y de forma para que surta validez; que normativamente y financieramente la actora no era un usuario indefenso, ya que por el contrario le asistían deberes propios de información, corrección y ratificación.

De acuerdo a la sentencia C 1024 de 2004 de la Corte Constitucional señala: Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior.

Es así como solicita que se revoque la sentencia de primera, absolviéndose a Colpensiones de las condenas impuestas.

### **2.3.2. ALEGATOS PROTECCIÓN S.A.**

Centra su intervención en lo atinente a la correcta aplicación de las restituciones mutuas. Para ello comienza por citar apartes de la sentencia SL1421 de 2019, destacando que la postura de la Sala Laboral desconocía lo ilustrado de antaño por la Sala Civil, última según la cual:

“(…) la declaratoria de nulidad de un contrato retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del mismo, de manera que emerge para los contratantes la obligación de restituir lo recibido, inclusive a modo de cumplimiento anticipado de las obligaciones que del contrato prometido emanan, en la hipótesis, claro está, de que tales obligaciones así contraídas se hubiesen empezado a ejecutar, y siempre al amparo de las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, bloque normativo este de conformidad con el cual, considerando como premisa previa la buena o la mala fe que diere lugar a la tenencia (arts. 963 y 1746 del C.C.), se debe restituir la cosa o derecho objeto del acto o contrato (arts. 961, 962 y 1746 del C. C.) con los frutos percibidos, reconociendo los gastos ordinarios invertidos en la producción (art. 964 inc. final y 1746 del C.C.), indemnizando de paso los deterioros sufridos, y las mejoras invertidas en la cosa teniendo en cuenta también la buena o mala fe del vencido en la litis y la especie de la mejora (art. 965, 966, 967, 968, 969 y 1746 del C.C.)”.

Que por ello la decisión adoptada era incompleta, parcializada e insuficientemente motivada, al proferirse una condena que sobrepasaba los linderos de la figura de las restituciones mutuas y pareciendo más de carácter punitivo o sancionatorio, dado que se estaba: desconociendo la destinación los porcentajes, los cuales se causaron por ministerio de la ley: generándose un enriquecimiento sin causa de COLPENSIONES, como quiera que, conforme al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, dicha entidad también destina el mismo porcentaje del ingreso base de cotización, para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, aunado a que no tuvo que garantizar durante el lapso que la parte demandante permaneció afiliada al RAIS, las cargas y contingencias de la vejez, invalidez y muerte de la parte demandante, así como tampoco, realizó gestión alguna para la administración de los aportes cotizados.

Igualmente, precisa que PROTECCIÓN S.A. realizó una adecuada administración de los aportes cotizados por la parte demandante, obteniéndose rendimientos financieros que, en muchos casos como en el presente, equivalen a un valor cercano, igual o mayor al capital cotizado, ignorando por completo lo establecido en el inciso final del artículo 964 del C.C. que consagra: *“En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos”*.

Que los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la prima de reaseguros de FOGAFÍN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, corresponden, a voces del artículo 965 del C.C., a expensas necesarias dirigidas a la conservación de la cosa administrada, en los términos que explica.

Que dichos conceptos no corresponden conceptualmente a una pérdida o deterioro en los términos del artículo 963 del C.C., con base en el cual, de forma incorrecta se ha condenado a las AFP a devolverlos, por tanto, en el hipotético caso que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS de la parte demandante y que por analogía se de aplicación a la figura del derecho civil de las restituciones mutuas, los efectos prácticos de dicha declaratoria, con base en el principio de igualdad ante la ley de todas la partes procesales y el principio de la inescindibilidad, dichas restituciones deben determinarse según las reglas previstas en el art. 1746 del C. Civil y las que conforman el Capítulo IV del Título XII del Libro 2° de la misma codificación, en consecuencia, serían los siguientes:

- Le correspondería restituir el saldo que exista en la CAI, conformado por los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas partes que estuviera redimidos y pagados. (Arts. 961, 962 y 1746 del C.C.).
- La parte demandante restituiría las mesadas pensionales o devolución de saldos, debidamente indexadas, en caso de haber recibido pagos por dichos conceptos. (Arts. 961, 962 y 1746 del C.C.).
- Protección S.A. conservaría los gastos de administración, porque fueron los gastos ordinarios que invirtió y dispuso para producir los rendimientos financieros logrados, sobre el capital de los aportes cotizados por la parte demandante. (Arts. 964 y 1746 del C.C.).
- NO asumiría lo ya pagado a terceros, correspondiente al porcentaje de los aportes destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y la prima de reaseguros de FOGAFÍN y, por ser las expensas necesarias dirigidas a la conservación de la cosa administrada. (Arts. 965 y 1746 del C.C.).

Que otras son las causas que amenazan la estabilidad financiera de la entidad, así:

- Es un sistema simple de reparto, donde se financia la pensión de los más viejos, con las cotizaciones al fondo común de los afiliados jóvenes con los aportes o subsidios estatales cuando el fondo común no alcanza a financiar tales pensiones, es decir, mediante un esquema piramidal fundado en la “solidaridad intergeneracional”, que con el paso del tiempo se ha ido volviendo insuficiente debido al incremento del envejecimiento de la población, el

incremento de la longevidad y la alta informalidad, cada vez más hoy menos jóvenes cotizando por cada pensionado;

- Como se reconocen las prestaciones económicas a todos sus afiliados, con base en unas reglas previamente establecidas en la ley, es desigual, pues brinda altos subsidios a las personas de mayores ingresos, por lo tanto, el traslado al régimen público de los afiliados con ingresos altos solo para pensionarse con un mayor valor de la pensión, como ocurren en los casos de ineficacia del traslado, si bien representa pueden representar un alivio para las finanzas públicas al corto plazo, implican un altísimo costo hacia el futuro cuando llegue el momento del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas altamente subsidiadas;
- La existencia de regímenes pensionales especiales.

Finalmente solicita se le permita conservar el porcentaje de los aportes realizados por la parte demandante, destinados financiar los gastos de administración, al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la prima de reaseguros de FOGAFÍN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, con base en lo sustentado en la contestación de la demanda y en estas alegaciones.

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

De acuerdo con lo expuesto por las entidades recurrentes, 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 y en caso positivo se analizará 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 alzada, 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 algunos fondos privados brindaban, 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:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
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.° 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.°, 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.° 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, del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente 3 de junio de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 79 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 su conocimiento acerca de los diferentes regímenes pensionales, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS, 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 señor Mauricio Posada en el interrogatorio absuelto, expuso que fue ganadero hasta el año 2015, actividad que cesó por un problema de seguridad. Estudio

administración de empresas e ingeniería de sistemas. Que dejó de cotizar como desde junio de 2020. Respecto a su traslado al RAIS manifestó que para el 3 de junio de 1996 era el gerente general de una empresa, que tuvieron una reunión grupal donde el asesor realizó una presentación de los beneficios que podía tener si se pasaba al fondo privado, que con base a eso firmó el formulario, que no fue presionado para ello. Recuerda que la reunión fue en el auditoria donde se citaron como 60 o 65 empleados que tenía la empresa en la parte directiva, otra tanda fue de la parte operativa. Que el asesor sí expuso los *pro* y los *contra* de permanecer en un fondo público, donde el mayor énfasis fue que el ISS, en aquel entonces, iba a terminarse porque no tenía con qué subsistir para pagar las pensiones futuras, y que la única alternativa era pasarse a un fondo privado, que ese fue la principal motivación de la gente para dar el paso, lo cual creyó, la segunda fue poderse pensionar antes de la edad descrita de 62 años hombres y 57 mujeres. Como para entonces le faltaban 30 años para pensionarse, no era un tema tan atractivo lo de la edad y tampoco le surgieron preguntas que hoy en día tal vez haría. Que la asesoría perduró 30 a 40 minutos, lapso en el cual se permitió realizar preguntas a los asistentes o hacer énfasis en los puntos mencionados. Que no hubo presión para firmar. Que de la extinción del ISS se enteró en el momento de la reunión. Que le hablaron del bono pensional que era como un acumulado que traía y que se pasaba al otro fondo. Que NO le hablaron de la diferencia de los requisitos para pensionarse en uno y otro fondo, que sólo reiteraban era lo de pensionarse a menor edad y mejor, tampoco le detallaron que requeriría de un capital para pensionarse pero sí le indicaron que tendría una cuenta donde se generarían rendimientos financieros. Que nunca entendió que la pensión se financiase con el capital de la cuenta, que NO recuerda que le hablaran del beneficio de la heredabilidad o derecho de retracto, ni fue re-asesorado. Que en una época realizó aportes voluntarios porque tenía la capacidad económica, aunque no fue por mucho tiempo, pero que no recuerda cuáles eran los beneficios, ni la fecha, ni si eso tuvo repercusión en su declaración de renta, precisa que después utilizó ese dinero en una necesidad familiar porque era un ahorro. Que cuando tenía 60 años *tocó la puerta* para obtener la pensión, dada su situación relacionada con la pérdida de su fuente de ingreso y encontró que lo ofrecido era una cifra irrisoria comparado con lo que podía recibir en otra parte, ahí acudió a un abogado. Que el IBC de sus cotizaciones descendió, pasando de 13 SMLMV en 1996 a 6 SMLMV tras los años, cuando se retiró de la empresa para encargarse de un negocio familiar, variando sus ingresos, aceptando que ello impacto negativamente la cuantía de una eventual pensión. Que nunca se acercó a Colpensiones, ni tampoco volvió a tener visitas de Protección, último fondo que no le dio una literatura escrita cuando se afilió.

Hasta aquí su intervención.

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.

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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien ordenó a Protección devolver TODOS los dineros percibidos por el fondo con motivo de la afiliación, precisando que ello implicaba el retorno de los tres ítems que componían los gastos de administración, debidamente indexados.

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 el 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 el actor, 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.

En otras palabras, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

En cuanto a los rendimientos causados, los mismos NO están 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.

Así mismo estima la Sala que es procedente la INDEXACIÓN ordenada. Y es que 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

No obstante, se ADICIONARÁ el fallo en mención, toda vez que conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida Protección S.A. discriminará los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijará como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una y en favor del accionante.

## 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** la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **MAURICIO DE JESUS PASCUALE POSADA BIBOLOTI** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.091.662 contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

---

<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.*

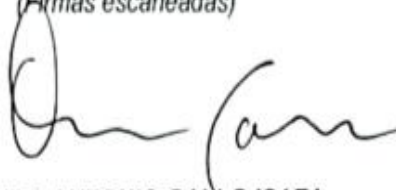


**SEGUNDO:** se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que **Protección S.A.** al momento del pago, deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una y favor del accionante.

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



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ 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>MAURICIO DE JESUS PASCUALE POSADA BIBOLOTTI</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.</b>
Radicado No.:	05001-31-05-004-2018-00179-01.
Tema:	Ineficacia traslado
Decisión:	<b>CONFIRMA y ADICIONA</b>
Fecha de la sentencia:	<b>23/01/2023</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/148> 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 24/01/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario