

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL  
Aprobado ACTA 220

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE(S)	Sonia Margarita Valdivieso Méndez
DEMANDADO(S)	Colpensiones Protección S.A. Porvenir S.A.
RADICADO	05001-31-05-010-2020-00367-01 (076-23)
DECISIÓN	Confirma y revoca
MAGISTRADA PONENTE	Carmen Helena Castaño Cardona

En la fecha, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral**, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario promovido por **SONIA MARGARITA VALDIVIESO MÉNDEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** con radicado **05001-31-05-010-2020-00367-01**

Por auto del 25 de julio de 2023, debido a que no se acogió la ponencia presentada por la magistrada **ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**, se remitió el expediente a la magistrada **CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** para presentar una nueva ponencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

**Auto:**

Se entiende reasumido el poder otorgado al doctor **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ** como apoderado principal de la **AFP PORVENIR S.A.**

## **I. ANTECEDENTES:**

### **Pretensiones:**

SONIA MARGARITA VALDIVIESO MÉNDEZ solicita que se DECLARE, en forma principal, la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS- administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que el acto quede sin efecto, dado que las AFP no le brindaron asesoría y buen consejo y se afectaron los mínimos de derechos y garantías. Con ello busca que se DECLARE el derecho que le asiste a trasladarse al Régimen de Prima Media –RPM- y que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez a partir de la fecha de acreditación de los requisitos.

En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó al RAIS con sus respectivos rendimientos, sin descuentos por cuota de administración. También que se CONDENE a COLPENSIONES a recibirla en el régimen que esta administra y acreditar en la historia laboral los aportes que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A.

Subsidiariamente, aspira a que se DECLARE que no recibió reasesoría antes de cumplir 47 años de edad; por tanto, se CONDENE a la indemnización de perjuicios a cargo de PROTECCIÓN S.A., correspondiente al valor de la mesada pensiona que hubiera recibido si estuviera en el RPM.

### **Hechos:**

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 6 de agosto de 1969 y cuenta con 52 años. Estuvo afiliada a Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., a Invertir hoy PORVENIR S.A. y nuevamente a PROTECCIÓN S.A., y ha cotizado un total de 1.237,86 semanas al RAIS. Al momento de la afiliación a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. no se le suministró información consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con qué IBC debía cotizar para obtener una pensión anticipada o completar el capital necesario para acceder a una pensión de vejez. Tampoco se le indicó a qué edad se redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada en ambos regímenes. Antes de cumplir 47 años PROTECCIÓN S.A. no le brindó reasesoría.

En el año 2020 la referida AFP realizó una simulación pensional, según la cual la mesada sería de \$2.931.968 a los 57 años; le indicó que la afiliación se presume válida y que el fondo no es competente para determinar si hubo o no

vicios en el consentimiento. En similar sentido, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES señalaron que no es posible declarar ni dejar sin efecto la afiliación al RAIS y con ello activarla como afiliada del RPM.

### **Contestaciones:**

**Colpensiones:** se opuso a todas las pretensiones y aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y la reclamación elevada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir la ineficacia del traslado, ausencia de prueba de engaño, equivocada información y perjuicio padecido, indebida aplicación de la carga probatoria, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – artículo 48 de la constitución política de Colombia adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, compensación y presunción de legalidad de los actos jurídicos.

**Protección S.A.:** también se opuso a las pretensiones puesto que la actora decidió trasladarse de manera libre y voluntaria, luego de recibir una asesoría completa y comprensible en los términos de la normatividad de la época, en la que se le suministró información respecto de todo el sistema general de pensiones. Aceptó la fecha de nacimiento, la edad y la vinculación de la demandante a la AFP, las 1.263.57 semanas cotizadas en el RAIS y la existencia de las comunicaciones remitidas a la accionante el 27 de mayo y 2 de junio de 2020. Como excepciones enlistó las de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

**Porvenir S.A.:** manifestó oposición a las pretensiones, en tanto que la demandante suscribió formulario producto de su voluntad, por lo que el acto se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

**Sentencia de primera instancia:**

El 13 de marzo de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ ineficaz el cambio del sistema pensional que realizó la demandante del RPM al RAIS y de contera la ineficacia de todas las afiliaciones surtidas dentro de este; en consecuencia, DECLARÓ que aquella ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que cada persona debe tener una asesoría en la que se ponga en conocimiento información detallada para que el traslado sea libre y voluntario, que conlleve un consentimiento informado pues, en caso contrario, se está frente a una ineficacia de la afiliación. Así, al valorar los medios de prueba encontró que la información suministrada por la AFP fue posterior a la afiliación al RAIS, lo cual no subsana la ausencia de tal obligación con anterioridad o durante el traslado de régimen.

Por ello, CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus frutos, intereses y rendimientos financieros, los bonos pensionales si se hubieren redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, estos últimos 3 conceptos debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM.

También CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, con cargo a sus propios recursos y la indexación, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los descuentos que se efectuaron mientras la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, especialmente los relacionados con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora. Precisó que, al momento de cumplirse la 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.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo con el IBC, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse.

Absolvió a PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. de la pretensión encaminada al pago de indemnización por perjuicios, pero las CONDENÓ en costas, con unas agencias en derecho de \$1.160.000 a cargo de cada una.

### **Apelación:**

La decisión anterior fue recurrida en apelación por Colpensiones y Porvenir S.A., así:

**Colpensiones:** pidió que se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto la afiliación al RAIS goza de plena validez, pues lo que se evidencia es una inconformidad con las mesadas pensionales proyectadas, como sustento de una indebida información por parte de las AFP. Agregó que la decisión de ineficacia afecta el sistema financiero del RPM, pues la entidad no tuvo que ver con la decisión de traslado que aceptó la demandante según su derecho a la libertad de escoger uno u otro régimen. Además, la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, pues le faltan menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse y tampoco se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. En caso de confirmarse la decisión, solicitó que se ordene al fondo privado trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, debidamente indexado y sin descuentos, ya sea por gastos de administración, seguros previsionales, prima de reaseguro de Fogafín, además del porcentaje correspondiente al fondo de garantías.

**Porvenir S.A.:** no compartió la decisión de devolver las sumas indexadas, pues ordenar dicha actualización monetaria y al tiempo la entrega de los rendimientos corresponde a una doble condena a la administradora de pensiones. Fundó para ello su inconformidad en precedentes horizontales de los Tribunales de Cundinamarca y Cali.

### **Consulta:**

Con ocasiones de las órdenes que le fueron impuestas a **Colpensiones**, se envió el expediente a este Tribunal para conocer del proceso en grado de Consulta.

### **Alegatos:**

**Porvenir S.A.:** manifestó que se no se alegaron ni probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa, por lo que el acto jurídico de traslado goza de plena validez. Tampoco se aprecian las situaciones contenidas en el artículo 1508, correspondientes a los vicios del consentimiento. Agregó que no se puede aplicar el artículo 271 de la

Ley 100 de 1993, pues se violaría el principio de la inescindibilidad de las normas; además, el único artículo que refiere a la ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el 897 del Código de Comercio. Mencionó que el formulario de afiliación suscrito por la actora se presume auténtico, y corresponde a una selección libre, espontánea y sin presión, documento que no fue tachado de falso. Además, se debe tener como saneada la afiliación por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir los descuentos del aporte con destino al régimen privado y no hacer uso del derecho de retracto.

También expuso que sí cumplió con la carga procesal impuesta, pues aportó los documentos que tenía en su poder, sin que sea viable imponer cargas distintas, pues para el momento de la celebración de los actos jurídicos del traslado no existía la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia. Considera que, en el hipotético caso de determinar que no tuvo validez el negocio jurídico, solamente se debe trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, sin alguna otra suma diferente, pues no se probó la mala fe en la celebración del acto jurídico, por lo que no se puede condenar a restituir los rendimientos financieros que logró PORVENIR S.A. por la gestión, tampoco la devolución de las primas de seguros por cuanto la actora siempre estuvo protegida de las contingencias. Que, si la decisión del Tribunal es que debe condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas para que a PORVENIR S.A. no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros. Además, es incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación ya que han generado rendimientos superiores a los del RPM, por lo que ordenar las sumas indexadas sería imponer una doble sanción. De acuerdo con lo anterior, solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia.

**Colpensiones:** reiteró que la decisión tomada en primera instancia afecta el principio de estabilidad financiera del sistema de seguridad social, en tanto la afiliación a PORVENIR S.A. se realizó de forma correcta. Recalcó que COLPENSIONES no realizó actuación omisiva pues no le compete aprobar el traslado que solicita la demandante. Señaló que se debe presumir válida la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., por cuanto se dio en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen. En el caso de confirmar la sentencia de primer grado, pidió que se ordene al fondo privado trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y sin descuentos.

La parte actora solicitó que se confirme la sentencia, por cuanto en el “traslado” inicial no se brindó una asesoría clara, completa y eficiente, que permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que acarrearía en su futuro pensional.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **Problema Jurídico**

Los problemas jurídicos para resolver en esta instancia de conformidad con la apelación formulada y el grado jurisdiccional de consulta serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó la vinculación de la actora al RAIS resulta o no eficaz; (ii) establecer los efectos de que la primera afiliación de la demandante fue al RAIS; (iii) Establecer qué conceptos están obligados a devolver los fondos privados a **Colpensiones**, y (iv) Revisar si operó la prescripción.

### **Pruebas relevantes**

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. Sonia Margarita Valdivieso Méndez suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de Davivir, hoy Protección S.A., el 5 de abril de 1995 (12/ pág. 44)
2. La demandante suscribió formulario de afiliación a Invertir S.A., hoy Porvenir S.A., el 14 de noviembre de 1995 (14/ pág. 69)
3. Nuevamente suscribió formulario de afiliación al RAIS, a través de Colmena S.A. el 21 de octubre de 1996 (12/ pág. 45)
4. También suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 28 de febrero de 2000 (12/ pág. 46)
5. Suscribió formulario de afiliación a Pensiones y Cesantía Santander el 5 de marzo de 2002 (12/ pág. 47)
6. Finalmente, suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 28 de marzo de 2006 (12/ pág. 48)

Efectuada la anterior anotación procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

**De la obligación de información al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones Consagrado en la Ley 100 de 1993**

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022.

En las providencias citadas el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, la primera afiliación de la demandante la hizo al RAIS a través de **Davivir, hoy Protección S.A., el 5 de abril de 1995**, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL1452-2019 de la siguiente forma:

**Información necesaria:** consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas de la afiliación a este fondo y no al RPM

**Transparencia:** La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró a la posible afiliada una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.



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

En lo que respecta al presente asunto, **Protección S.A.** al dar respuesta a la demanda indicó que la afiliación de la actora estuvo precedida de una asesoría integral y completa, aunque la afiliación inicial se dio a la AFP Davivir; sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó a la demandante una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y que la misma fue suministrada en un lenguaje claro, simple y comprensible para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación<sup>1</sup>, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios<sup>2</sup> pero no informado.

Es importante señalar que si bien la actora se afilió inicialmente a **Davivir**, hoy **Protección S.A.**, en estos casos debe entenderse que la selección del régimen pensional debió darse de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial, en este proceso judicial la actora manifiesta su interés de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por **Colpensiones**, resaltándose que la **ratio decidendi** de las providencias enunciadas en esta providencia sí resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la AFP privada que suministró la información clara, completa, suficiente, en términos de transparencia y eficiencia, lo cual no se acreditó.

Y es que, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

---

<sup>1</sup>En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

<sup>2</sup> Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

*“...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS y el traslado entre administradoras privadas, no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL3349-2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

*“Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.”*

El juzgado del conocimiento declaró la ineficacia de traslado a **Protección S.A.**; sin embargo, a partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar que este fondo cumpliera con su deber de información, la consecuencia es que la afiliación inicial efectuada a este devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **CONFIRMARÁ** el fallo de instancia en tal sentido.

### **De los efectos de la ineficacia**

El juzgado de primera instancia ordenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus frutos, intereses y rendimientos financieros, los bonos pensionales si se hubieren redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, estos últimos 3 conceptos debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM. Condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, con cargo a sus propios recursos y la indexación, los descuentos que se efectuaron mientras la demandante estuvo afiliada a dicho fondo, especialmente los relacionados con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora. Preciso que, al momento de cumplirse la

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. Le ordenó a **COLPENSIONES** a recibir de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo con el IBC, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4360-2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto de la afiliación.

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones** todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho la demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL2877-2020, en la que al respecto se expresó:

*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.*

En virtud de lo expuesto, para la Sala es claro que durante el período en que la actora estuvo vinculada a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el

restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

En lo que toca con el pago de **seguros previsionales**, se debe indicar que dichos pagos obedecieron a una vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje que debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones generador de la ineficacia, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL755-2022, SL756-2022 y SL779-2022.

Por último, en lo referente a la **indexación** de las sumas a trasladar, punto objeto de apelación por la AFP privada, es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup>Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador<sup>4</sup>.
3. Los **gastos de administración**<sup>5</sup>, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios<sup>6</sup>, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones<sup>7</sup>.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados<sup>8</sup>.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup>Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

<sup>5</sup> Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

<sup>6</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>7</sup> Sentencia SL-2877-2020.

<sup>8</sup>En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

<sup>9</sup>En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juez del conocimiento en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que estos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, en lo que respecta a la orden dada por el juez a Protección S.A. y Porvenir S.A. de devolver el **bono pensional**, se debe tener en cuenta que, en el eventual caso de haber lugar a este, previo a su pago deben surtirse varias etapas, entre las que se encuentran la emisión, expedición y redención, siendo necesario precisar que, si bien la demandante se considera válidamente afiliada a Colpensiones, no hay lugar a la emisión del mismo, y en el caso tal de que se hubiere recibido anticipadamente, deberá anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite respectivo a que haya lugar. Por tal razón dicha orden deberá **REVOCARSE**, para en su lugar indicar que, en caso de que exista un bono pensional en favor de la demandante y este haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

### **De la excepción de prescripción**

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL1688-2019, SL3202-2021 y SL3199-2021.

### **Costas procesales**

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo dijo el juzgado del conocimiento. Las de la segunda instancia, atendiendo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso y por no salir adelante la apelación formulada por **Porvenir S.A. y Colpensiones**, son de su cargo y en favor de la demandante. Como agencias en derecho en esta instancia se fija la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una.

### **III. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la providencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín el 13 de marzo de 2023, en el proceso ordinario adelantado por **SONIA MARGARITA VALDIVIESO MÉNDEZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

**SEGUNDO: REVOCAR** la orden dada a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** respecto a la devolución del bono pensional. En su lugar se le ordena a esta AFP que en caso de que exista un bono pensional en favor de la demandante y este haya sido recibido anticipadamente se proceda a restituirlo a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que esta entidad proceda con su anulación.

**TERCERO:** Las costas procesales y agencias en derecho quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

## LOS MAGISTRADOS

  
**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**

  
**HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ**

  
**ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**  
Con salvamento de voto

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Radicación 05001310501020200036701

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria, en tanto en el asunto bajo estudio no se presenta un cambio de régimen pensional por una indebida asesoría y ausencia del deber de información que diera lugar al traslado del RPM al RAIS; por el contrario, se está frente a una primera afiliación al sistema general de pensiones, lo que ocurrió el 5 de abril de 1995, como se verifica con el formulario de afiliación y en el historial del SIAFP (páginas 44 y 50, archivo 12).

Dicho criterio ha sido reiterado por la Sala de Descongestión del máximo órgano de la justicia laboral en sentencias SL494-2020, SL4211-2021, SL3414-2022 y SL1806-2022; en la última de estas se precisó:

*“Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).*

*Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”*



Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL9388-2022 señaló:

*“Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.*

*Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.”*

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevan a disentir de la decisión acogida por la Sala.

  
**ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**  
**MAGISTRADA**