

**REPUBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**



**SALA LABORAL**  
**Acta 352**

Medellín, catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el grado jurisdiccional de consulta en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE ANIBAL DE JESÚS BERNAL JARAMILLO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES.**, vinculado **COLFONDOS S.A.**

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

Téngase a la firma **GÓMEZ MEZA ASOCIADOS S.A.S.**, como apoderada de Colfondos S.A., y se reconoce personería a **MONICA ALEJANDRA RODRIGUEZ RUBIO**, quien se identifica con CC1.049.648.215 y TP 353935, según poder otorgado por el señor **JUAN FELIPE CRISTOBAL ANGARITA**, con CC1.018.423.197 y TP 223.559, del Consejo Superior de la J.

**ANTECEDENTES**

**Pretensiones**

El demandante solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de **Protección S.A.**; y, en consecuencia, se indique que se mantuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por **Colpensiones.**

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** el valor contenido en su cuenta de ahorro individual

con sus rendimientos y sin lugar a realizar descuento por concepto de cuotas de administración.

### **Hechos**

Como fundamento de sus pretensiones indica que fue afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el instituto de seguros sociales hoy Colpensiones, se trasladó de régimen 1994, hacia Protección, entidad donde no fue debidamente asesorada, ni informada sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse.

### **Respuesta Protección S.A.**

Entidad que por intermedio de apoderada manifestó que es cierto que el demandante se vinculó, pero que el primer traslado fue a Colfonso S.A., y no ha Protección S.A., siempre se le brindó una debida información.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos del sistema de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver seguro previsional.

### **Respuesta Colfondos S.A.**

Entidad que por intermedio de apoderado manifestó que no le constan los hechos de la demanda y debe probarse en el proceso, pero siempre brinda una debida información a sus afiliados cuando se trasladan.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación, falta de causa para pedir, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación y ratificación de la afiliación.

### **Respuesta Colpensiones**

Administradora que a través de apoderada manifestó que es cierto que el demandante fue su afiliado y se trasladó al RAIS, sin que le consten los pormenores en que tomó esta decisión.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones presentadas en su contra y propuso como excepciones: Carga dinámica de prueba, improcedencia de la

declaratoria de ineficacia, inoponibilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

### **Sentencia de primera instancia**

La Juez Octava Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **20 de septiembre de 2023, declaró** la ineficacia de la afiliación al RAIS, indicando que el actor se encuentra válidamente afiliada a **Colpensiones**.

Como consecuencia de lo anterior, **ordenó** a **Protección S.A.** trasladar a **Colpensiones**, todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, como: Lo acumulado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, frutos e intereses, los valores cobrados por cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales, reaseguros fogafin, los aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Frente a Colfondos no emitió orden.

Esta decisión no la recurrieron razón por la que se conoce en el grado de consulta a favor de Colpensiones.

### **Alegatos de conclusión**

Corrido el término de traslado, que establece la ley 2213 de junio de 2022. Colfondos S.A.,

En este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez. Preciso es mencionar que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando “un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Pese a lo diáfano de las normas, la H. Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Cabe resaltar que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con mi representada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le GARANTIZÓ a la parte demandante la posibilidad de retornar al régimen de prima media y además, dispuso los canales de comunicación suficientes para permitirle a la actora conocer las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma Ley, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

El señor JORGE ANIBAL DE JESUS BERNAL JARAMILLO, luego de recibir la información necesaria y suficiente, que pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz, cierta y oportuna. Tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que, aportó los documentos que de acuerdo con las normas existentes para el momento en que se celebró el acto jurídico del traslado debía mantener en sus archivos; además, pese a que la parte demandante JAMÁS estuvo en imposibilidad absoluta de retornar al RPMPD, permaneció en el RAIS, lo que sin duda al menos debe valorarse como un indicio serio de querer permanecer en él. Es por lo anterior, que bajo el mismo criterio señalado por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema en los asuntos referidos a la “desafiliación tácita de los afiliados” del sistema que, debe apreciarse en conjunto

la “voluntad del afiliado”, en estos asuntos en los que permanece en el régimen privado por más de 20 años, sin hacer la más mínima manifestación de la cual se pudiera entender que quería retornar al RPMPD. Se cita sólo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.

En un Estado Social de Derecho, no es viable jurídicamente imponerle a los administrados, cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la ocurrencia de los hechos en este caso, para cuando sucedió la afiliación de la parte demandante pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima de mí representada, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia. Luego, para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación con la demandante, mi representada únicamente debía dejar constancia de la libre escogencia a través del formulario de vinculación, sin que, también tuviera la NECESIDAD de registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados.

Entonces, en forma palmaria se le imponen a las AFP cargas inexistentes, pues la misma Corte en la providencia referida, establece que, el querer eventual, futuro, en ciería de las leyes fue colocar en “cabeza de las administradoras” el deber de información; es decir, para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional NO EXISTÍA la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega hoy en la jurisprudencia, esto es que, el afiliado comprenda se le traslada también a las AFP la responsabilidad del acto personal de lo entendido un tema que, ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto, como lo acepta la misma Corporación en el citada decisión.

De la mayor relevancia es, no confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: “Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

Hay que tener en cuenta que, si bien el a quo declaró ineficaz el traslado, esta afiliación supera los 29 años, y mientras la afiliación permaneció vigente, la realidad es que ello produjo efectos jurídicos validos hasta hoy, por lo que en razón a dicha validez se originaron los rendimientos que se solicitan trasladar a COLPENSIONES. Luego, en atención al principio de la congruencia del artículo 281 del C.G.P, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a mi representada a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es

COLPENSIONES”, los rendimientos financieros que logró mi representada por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS.

La administradora cumplió con el deber de administrar la cuenta del demandante, y fue gracias a su optima inversión se produjeron rendimientos en sus cuenta individual, por lo que es deber del fallador aplicar también principios constitucionales de equidad y justicia, pues se entiende que si se van a trasladar todos los rendimientos no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual, que comparados con los gastos de administración, se entiende que dichos gastos son muy inferiores a los rendimientos.

En consecuencia, es improcedente el reintegro de las cuotas de administración de la cuenta de ahorro individual habría que considerar que están prescritos parcialmente porque si bien es cierto no prescribe el traslado ni prescriben los aportes a pensiones lo cierto es que eso dineros no tienen esa misma naturaleza porque son por unos gastos de administración por administrar unas cuentas de ahorro individual que han administrado por más de 29 años el fondo a quien represento. Es imperioso señalar la labor del juzgador al momento de fallar en equidad y justicia, por lo que es indispensable que se tenga en cuenta que los rendimientos superan el monto de lo que hubiese producido en el régimen público y la razón es que, es la inversión que los fondos privados pueden hacer, inversiones en la totalidad de los renglones de la economía nacional e internacional, pues tiene libertad de inversión. Se tiene que tener en cuenta que estos rendimientos que no se hubieran producido en el fondo público porque el fondo publico Colpensiones solo puede invertir en dineros públicos en fondos públicos en bonos del tesoro nacional en bono soberano y por consiguiente está muy limitado porque son fondos muy conservadores y es un fondo muy conservador precisamente porque es del Estado es una seguridad correlativamente un menor ingreso o rendimiento, por esta misma razón, no puede ordenarse sin caer en injusticia o inequidad a que se devuelva o traslade de una parte los rendimientos pero que también se traslade los gastos de administración por haber administrado eficientemente esas cuentas de ahorro individual ya que si desconocemos los efectos ocurridos en el mundo fenomenológico tendría que imaginar que no existieron cuentas de ahorro y tampoco rendimientos de las mismas.

De igual manera si se hace una lectura del Decreto 2555 de 2010, contrario a como siempre se ha concebido los gastos de administración, tiene una destinación específica en exactamente 11 gastos, de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan la rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados. De modo también, que dichos gastos nunca hacen parte del PyG de los fondos de pensiones. Adicionalmente, el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de estos recursos son vigilados por la Superfinanciera, e incluso los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad (es decir lo que si reportan dentro del (PyG)), deben crear

reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por este Decreto y que periódicamente señala la Superfinanciera; y si los fondos de pensiones, no garantizan la rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio. Por lo que entonces, la norma y el órgano de vigilancia y control, prevén mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de esos gastos de administración.

Luego, ordenar que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA, indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado SIEMPRE estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.

Debido a que en el caso en cuestión el a quo condenó en costas a mi defendido, ruego a usted Honorable Magistrado absuelva a mi defendido de la condena en costas y agencias en derecho, pues de por si la condena principal y accesoria ya resulta gravosa para mi defendida.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones), por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Solicito respetuosamente se tengan en cuenta que de conformidad con los artículos 70 y 77 mi representado ha estado pagando durante 29 años el seguro que financia las pensiones de invalidez y sobrevivientes. En ese sentido la parte demandante hoy en día está siendo protegido por lo que precisamente esas primas están cumpliendo su objetivo el cual es proteger los riesgos y siniestros de la parte demandante en el caso de una invalidez o muerte y a favor de sus beneficiarios. Por lo que se considera un injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria.

**Por su parte el apoderado de la actora sostuvo:**

La a quo al momento de proferir sentencia, determinó que el problema jurídico consistía en establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que el demandante hizo del RPM administrado por el ISS al RAIS a través de Colfondos y la ineficacia del traslado entre administradoras del mismo régimen administrado por Protección. Una vez analizado todo el material probatorio, el juez acogió las pretensiones y declaró la ineficacia de la afiliación del ISS hoy Colpensiones a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A y de esta a la AFP Protección S.A, debido a que las AFP no cumplieron su deber de brindar información a la actora, ordenando a Colpensiones reactivar la afiliación al RPM y recibir los recursos provenientes de las AFP, decisión que no fue controvertida por las demandadas.

Siendo el momento oportuno Honorable Magistrada, respetuosamente considero que en instancia se debe confirmar la decisión proferida en primera instancia por varias razones; en primer lugar, se probó que las AFP no cumplieron con su deber de brindar la debida asesoría a mi mandante al momento de afiliarse al RAIS, pasando por alto, lo dispuesto en la ley 100/93 en el art 13 lit b, donde se estableció como característica del sistema general de pensiones, la libertad de escogencia del régimen, (el afiliado es libre de escoger a cuál pertenecer), y dispuso en el art 271 de esa normatividad, las consecuencias cuando se atenta contra este derecho que tiene el afiliado de escoger a cuál régimen pertenecer, imponiendo multas y consignando que la afiliación quedaría sin efectos y podría realizarse nuevamente, en forma libre y espontánea por del trabajador, así como lo establecido la a quo.

En segundo lugar, pasan por alto las AFP, que el deber de brindar información, transparente, completa, comprensible y veraz (por desarrollar actividades financiera), les fue impuesto desde la expedición del estatuto financiero vigente para la época, art 97 decreto 663/93, en armonía con los art 4 decreto 656/94 y 10 y 12 decreto 720/94, deber que posteriormente fue complementado con la ley 1328/2009, el decreto reglamentario 2555/2010, la ley 1748/2014, decreto 2071/2015, la circular 16 de abril 16 de 2016 expedida por la súper financiera; postulados que contemplan una responsabilidad de la cual no puede desprenderse la Afp aduciendo que el afiliado al momento de firmar el formulario daba su consentimiento y que por ello la afiliación era válida y eficaz, contrariando el precedente jurisprudencial en esta materia plasmado en sentencias como la SL 4426-2019.

En tercer lugar, desconocen las AFP que su omisión ha conllevado a que la H. Corte Suprema de Justicia consolide una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible del deber de brindar información, para que el traslado sea eficaz, resaltando que desde la expedición de la sentencia 31989 de septiembre 9 de 2008, reiterada en otras como la SL 12136-2014, SL 17595-2017, SL 19447-2017, SL 1452-2019, SL 1688- 2019, SL 1689-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, se insiste en el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa, transparente y oportuna a cerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, con el fin de que estos pudieran tomar decisiones informadas; ya que una afiliación desinformada, produce la ineficacia del acto, correspondiendo a las Afp, la carga de demostrar que entregaron la información objetiva al afiliado



sobre las características de uno y otro régimen, para obtener así, un verdadero consentimiento del afiliado, carga que no cumplieron las accionadas en este asunto. Finalmente Honorable Magistrada; con la prueba recaudada y practicada en el plenario; se probó ni la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías ni la AFP Protección S.A asesoraron en debida forma a mi mandante al momento de trasladarse de régimen, no aportaron prueba de la información que brindaron al afiliado en los términos que dispone el artículo 12 del decreto 720 de 1994 en armonía con el artículo 38 del decreto 692 de 1994, únicamente aparecen los formularios de afiliación, documentos que por sí solo no constituyen prueba suficiente de la información que brindaron a mi mandante como pretenden hacer ver las Afp; resaltando por demás, que ese deber que tampoco se subsana de ninguna manera con el traslado dentro del mismo régimen hacia otro administradora del RAIS o con una posterior re asesoría que tampoco fue brindada a mi mandante, ya que la omisión en el deber de brindar información, es una actuación que vicia el traslado, tal como lo ha reiterado el precedente jurisprudencial de nuestro órgano de cierre plasmado en sentencias como la SL 1688 de 2019.

## **CONSIDERACIONES**

### **Problema jurídico**

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia, (iii) revisar si operó la prescripción.

### **Pruebas relevantes**

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

1. El señor **Jorge Aníbal De Jesús Bernal Jaramillo** fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** el día 23 noviembre de 1982.
2. Se trasladó a Colfondos S.A., el 9 de abril de 1994.
3. Se trasladó entre administradoras a Protección S.A., el 22 de agosto de 1994, fondo en el cual se encuentra.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

### **El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional**

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 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

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, el traslado al RAIS a través de a **Colfondos S.A.** el día **9 de abril de 1994**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del 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 SL-1452-2019 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 del traslado.

**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 el traslado.

En lo que respecta al caso de autos, **Colfondos S.A.**, al dar respuesta a la demanda manifestó que entregó información al demandante en lo referente a las condiciones de cada régimen, sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó a la actora una información necesaria y transparente 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.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

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

---

<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.

Además, de la anterior circunstancia, es importante tener en cuenta que la actora hizo uso de la movilidad entre administradoras del RAIS, vinculándose a **Colfondos S.A.** y posteriormente a **Protección S.A.**, sin embargo, esta situación en particular no sana o convalida la ineficacia, pues como lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688 de 2019 no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. En palabras del Alto Tribunal:

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Finalmente, se recuerde que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS o 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 SL-3349 de 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.

A partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar **Colfondos S.A.** que cumpliera con su deber de informar al momento de la vinculación inicial al RAIS, la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo 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 primera instancia.

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

La Juez de primera instancia como consecuencia de la declaratoria de ineficacia condenó a Protección a trasladar a **Colpensiones** todos los valores recibidos con motivo de la vinculación de la demandante, las cuotas de administración, comisiones, aportes para la garantía de pensión mínima, cuotas de seguros previsionales y reaseguros con todo sus rendimientos, condenas que la Sala encuentra acorde ya que es claro que durante los periodos 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.

Finalmente, en lo que toca con lo pagado por primas de seguros previsionales, debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos. y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, siendo un claro ejemplo de esta tesis la reciente SL-755-2022.

Ahora siendo este un aspecto conocido en el 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 a identificado los siguientes conceptos:

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

---

<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.

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 consagra 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, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a las administradoras del RPM, 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>.

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>8</sup>.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al condenar a **Protección S.A.**, a trasladar a **Colpensiones** las cuotas de administración, seguros previsionales y reaseguros, por lo que se **confirmará** en este aspecto la decisión de primera instancia, sin embargo, debe **adicionarse** para indicar que esas sumas ordenadas deben trasladarse debidamente indexadas.

---

<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 deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. 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>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 SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

Se **ADICIONA** la sentencia frente a Colfondos S.A., para indicar que debe trasladadas las sumas descontadas para gastos de administración que incluye cuotas de administración y seguros previsionales para invalidez y sobrevivientes, sumas que debe trasladar por el tiempo que el actor estuvo en ese fondo, debidamente indexadas.

**ADICIONAR** para indicar que Protección y Colfondos S.A., deben trasladar a Colpensiones las sumas de reaseguros fogafin, sí dentro del período de afiliación se realizó descuentos para este concepto, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados.

### **De la condena a indexación**

En lo referente a la indexación de las sumas a trasladar, 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, como ya se dijo, 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.

De otro lado y al conocer en consulta la Sala encuentra pertinente y de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, con el fin de que exista claridad en lo concerniente a los traslados que realizará el Fondo en lo referente a los valores y conceptos que se está trasladando, Adicionar la sentencia en cuanto que **Colfondos y Protección S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **Colpensiones**, estos 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.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia.

### **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**

**CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Medellín, el día **20 de septiembre de 2023**, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE ANIBAL DE JESÚS BERNAL JARAMILLO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES., vinculado COLFONDOS S.A.**

**ADICIONANADO** para indicar que Protección debe trasladar las sumas ordenas, debidamente indexadas.

Se **ADICIONA** la sentencia frente a Colfondos S.A., para indicar que debe trasladar las sumas descontadas para gastos de administración que incluye cuotas de administración y seguros previsionales para invalidez y sobrevivientes, sumas que debe trasladar por el tiempo que el actor estuvo en ese fondo, debidamente indexadas.

**ADICIONAR** para indicar que **Protección y Colfondos S.A.**, deben trasladar a Colpensiones las sumas de reaseguros fogafin, sí dentro del período de afiliación se realizó descuentos para este concepto, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados.

**ADICIONÁNDOLA** para que **COLFONDOS S.A. - PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplirse la orden de trasladar las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, 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. En todo lo demás confirma la decisión.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

### **LOS MAGISTRADOS**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**





**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**



**JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS**

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

De manera respetuosa, y a efectos de dar claridad en torno a la postura sostenida en este tipo de procesos, estimo necesario precisar las razones por las cuales acompaño la decisión propuesta a la Sala por la magistrada ponente, particularmente en lo que se refiere a los efectos que implica la declaratoria de ineficacia del traslado para aquellas personas que se vincularon al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se acreditara el cumplimiento íntegro y cabal del deber de información.

Mientras estuve ejerciendo el cargo como Juez Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, al interior de las providencias emitidas, sostuve que dentro de los dineros que debían entregar las administradoras del RAIS a Colpensiones, si bien se incluían las comisiones y gastos de administración, no ocurría lo mismo con los recursos dirigidos al pago de los seguros previsionales.

Posteriormente, a partir de un nuevo estudio del tema, incluidas las nuevas providencias que en torno al tema ha emitido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las cuales han sido reiteradas en torno al tema, me veo en la necesidad de recoger la posición en principio adoptada, al contar con elementos de juicio que así lo avalan.

Lo anterior encuentra como sustento que se trata de recursos que integraban la cotización realizada al sistema pensional, por tanto, de cara a los efectos de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, cual es que el acto jurídico no produjo efectos, no es posible escindir los conceptos sufragados, y entender que parte de los gastos de administración deben ser entregados a Colpensiones y otros no, aun cuando tienen el mismo origen, máxime cuando es la AFP del RAIS quien originó o permitió que tales consecuencias se produjeran.

Como sustento de esta posición, pueden ser consultadas las sentencias CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022, CSJ SL3188-2022, CSJ SL1084-2023, CSJ SL2468-2023 y CSJ SL2105-2023. En la última de las citadas expresamente se señala:

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, las partes, en lo posible, deben volver las cosas al mismo estado en que se encontraban --como si el acto de afiliación no hubiera existido jamás--, esto es, con efectos *ex tunc*. En consecuencia, se confirmará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de que, habiendo prosperado la declaratoria de ineficacia, para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

De otra parte, habrá de adicionarse el fallo de primer grado en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional, si lo hubiere. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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.

En estos términos dejo consignados los argumentos bajo los cuales debo clarificar el voto en esta oportunidad.

Fecha *ut supra*.



**JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS**