



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

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

**22-019**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **NOHELIA MARTÍNEZ ESCOBAR**  
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-020-2020-00375-01.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **CONFIRMA y ADICIONA**

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

Conforme memorial allegado se reconoce personería al abogado EDISON ALEJANDRO GUZMAN SALAZAR identificado con C.C. No. 1.128.474.322 de Medellín y portador de la T.P. No. 226371 del C.S de la J. . para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado principal RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES, identificado con c.c. 79.576.294 y TP. 103.505 del C.S. de la J. representante legal de la firma RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que acompañó, en su calidad de apoderado judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, de acuerdo con la escritura pública N° 3377 de 2 de septiembre de 2019 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 35** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

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

### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita la demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES todos las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, descuentos de la pension de garantía mínima y los rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora, sin deducción alguna.

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

- ✓ Que estuvo en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS desde el año 1992 hasta el 23 de febrero de 2001 cuando se trasladó al RAIS a la AFP Protección S.A.
- ✓ Que al momento de su traslado Protección omitió su deber de información, respecto de las consecuencias que se producía con ese acto, dado que no le hablaron de beneficios pensionales más favorables de los que tendría en el RPM, el cual le indicaron que iba a desaparecer en razón a que el ISS correría con la misma suerte, además el asesor le manifestó que el RAIS podría pensionarse a cualquier edad, esto es, de manera anticipada y que su pensión sería más alta.
- ✓ Que según proyección pensional realizada Protección, en el RAIS tendría una mesada pensional de \$877.803, mientras que en el RPM al cumplimiento de los 57 años, devengaría una mesada de \$1.154.353.
- ✓ Que Protección incumplió su deber de asesorarlo faltando diez años para el cumplimiento de la edad para que pudiera tomar la decisión de quedarse o trasladarse después de hacérsele una correcta asesoría y con las debidas proyecciones de la mesada pensional.
- ✓ Que solicitó ante Colpensiones por medio de derecho de petición retorno al RPM, obteniendo como respuesta negativa por parte de esa entidad.

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

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la fecha de nacimiento de la actora, su calidad de afiliada al ISS y la respuesta a la reclamación elevada ante esa entidad.

Respecto de los demás hechos, señaló que no le constaban ya que acontecieron fuera de su órbita jurídica y administrativa.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. aceptó la fecha de afiliación de la actora a esta entidad y que en ese momento se le informaron ciertas características propias del RAIS, aclaró que no es cierto que se le haya indicado el ISS se iba a acabar o que su dinero se iba a perder. De otro lado negó el incumplimiento del deber de información, manifestando que esa entidad suministró información clara, comprensible, veraz y profesional para que la demandante pudiera tomar la mejor decisión respecto a su futuro pensional sin que pueda alegarse en ese sentido que existió algún tipo de vicio en el consentimiento, resaltando que asesoró a la actora respecto a los efectos y consecuencias de su afiliación al RIAS y sus diferencias con el RPM.

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

Mediante sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores, recursos, o sumas que hubiere recibido con motivo de la afiliación y traslado de la actora, como: cotizaciones obligatorias, comisión de administración, porcentaje deducido para pagar la prima de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, bonos pensionales, descuento por aporte al fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos que se hubieren causado, sin que haya lugar a deducir alguna comisión, sumas que debían ser indexadas con cargo a sus propios recursos, para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios causados, sin que haya lugar a deducir comisión alguna.

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

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y Protección S.A. interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR**

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

## **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **2.2.1. APELACIÓN COLPENSIONES**

Solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta lo analizado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, cuando indicó que conforme al artículo 1604 del C.C. “la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, por tanto quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido, es decir, que tiene el deber de probar la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Por lo tanto, insiste que corresponde al juez entrar a verificar si verdaderamente la demandante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, toda vez que con los presupuestos facticos introducidos en la demanda, se tiene que la actora se trasladó de régimen de pension de manera libre y voluntaria y que ha permanecido allí por más de quince años, además diligenció y suscribió válidamente una vinculación al RAIS manifestando su voluntad de pertenecer a ese régimen, bajo el entendido de que para una persona obligarse y como consecuencia su contrato sea válido debe cumplir los requisitos del artículo 1502 del Código Civil.

Agregó que de conformidad con la sentencia SL-373 del 2020, el objetivo perseguido con el limite temporal impuesto por el legislador de que no se pueden trasladar quienes les falte menos de diez años para la edad pensional, es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, razón por la cual los afiliados al RAIS no pueden estar solicitando un traslado, cuando fue su decisión trasladarse de régimen, por lo tanto, se presume valida la solicitud de vinculación, sin que pueda ser posible anular su afiliación ya que el traslado efectuado a la AFP fue realizado en ejercicio del libre derecho de escogencia de régimen de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advirtió que se debía tener en cuenta que solo

podría pedir la anulación del traslado efectuado si su firma hubiera sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, o si el empleador lo afilió sin su consentimiento, esto es que el formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado o por medio del traslado de régimen por sentencia SU 062 de 2010, lo cual no se da en el caso de autos.

### **2.2.2. APELACIÓN PROTECCIÓN**

Manifestó que se debe revocar parcialmente la sentencia de prima instancia en cuanto ordenó a Protección devolver las comisiones de administración y los seguros previsionales, en el sentido que estos son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que faculta o autoriza para realizar la deducción del 3% del 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, porcentaje que usa para cubrir los gastos de administración y para pagar las primas del seguro previsional y esto opera en ambos regímenes tanto en el RAIS como en el Régimen de Prima Media.

Agregó que obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, que demuestra que sus aportes tuvieron unas ganancias considerables, lo que da cuenta que los mismos fueron administrados debidamente por la AFP, por lo que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, incluyendo los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a pagar la pensión de vejez de la parte accionante, desconociendo que además se le están trasladando los rendimientos de la cuenta ahorro individual fruto de la buena gestión de la administración realizada por Protección, por lo cual esta entidad tiene el derecho de conservar la comisión como restituciones mutuas a su favor y no hay razón favor para trasladárselas a Colpensiones, figura que se sustenta con el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia 31989 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral con M.P Eduardo López Villegas.

Expuso que se debe dar aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta ahorro individual, los rendimientos y los porcentajes del fondo de garantía la pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión desarrollada por las administradoras que generaron rendimientos. Expuso que en igual sentido, la Superintendencia Financiera considera que

tampoco debe trasladarse de la prima del seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Frente al seguro previsional, manifestó que ya fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagará una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, resaltando que la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante todo este tiempo y Protección se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, agregando que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el acto suscrito entre la demandante y Protección.

Agrega que de confirmar la condena, se estaría en presencia de una condena en perjuicios en contra el patrimonio de Protección, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, señalando que en el presente proceso no fue materia de prueba ni quedó demostrado los mismos, que además la inversión de la carga de la prueba opera es frente a la pretensión de la ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados en el proceso

Finalmente, adujo que frente a los cobros del 3% destinados al a la comisión de administración y seguro previsional operan la prescripción, ya que son conceptos que se van descontando con la periodicidad del tiempo que impone la ley y que no financian directamente la prestación de vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivos De Trabajo y en armonía con el artículo 151 del Código Procedimiento Laboral que establecen el transcurso del tiempo en un lapso de 3 años hace que operé el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado lo que debe afectar todas las reclamaciones formuladas.

### **2.3.ALEGATOS COLPENSIONES**

Señaló que el hablar de ineficacia del acto jurídico nos ubica necesariamente dentro de la teoría general del acto o negocio jurídicos. Que la parte actora es capaz acorde al artículo 1504 del Código Civil, aunando en que el acto jurídico del traslado no existió objeto o causa ilícita y la manifestación del consentimiento en Colombia se tiene la teoría dual donde prima lo que las partes manifiestan y reflejan en sus actos, lo que da seguridad jurídica al ordenamiento colombiano, pero también prima su real voluntad para el momento de la celebración de los actos jurídicos y es por ello por lo que hablamos de error, fuerza y dolo como vicios del consentimiento.

Adujo que la solicitud de declaración de ineficacia del acto jurídico es una imprecisión conceptual, ya que se habla de la ineficacia cuando el mismo carece de validez, pero esa invalidez puede estar dada por inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad, siendo lo alegado por la parte demandante y a lo que se refirió el a quo como una nulidad relativa. Así mismo, trajo a colación el artículo 1741 del Código Civil Colombiano, el cual dispone las sanciones dadas al presentarse situaciones de ineficacia, agregó que la acción que se termina solicitando es la rescisión del acto jurídico por nulidad relativa.

Resaltando así que una de las características esenciales de la nulidad relativa es que la misma se sana por prescripción, por el paso del tiempo y ello encuentra lógica y razón de ser pues la estructura de la sociedad y el mundo jurídico esta dado por la consolidación de los actos y la seguridad jurídica. Agrega que corresponde a la autoridad judicial corroborar si la parte actora tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, toda vez que con los presupuestos facticos introducidos en el libelo de la demanda, se tiene que la parte demandante fue quien se afilio al régimen pensional de manera libre y voluntaria, siendo imposible extractar la veracidad de la tesis de la parte accionante simplemente con los dichos plasmados en la demanda máxime cuando la misma conto con la asesoría, diligencio el formulario pero nunca lo presento aun cuando la indicación y asesoría en su momento había sido el trasladarse a COLPENSIONES lo que se desprende de su declaración y que de esta manera realmente termina la parte alegando su propia culpa y dispone un principio general del derecho que a nadie le está permitido alegar su propia culpa de cara a los actos jurídicos que celebra. Más aun en cabeza de la demandante recaían también unos deberes y obligaciones en virtud del Decreto 2241 de 2010 como lo será las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones

Señaló que si bien la parte actora cimenta la ineficacia de su afiliación en la mala ejecución del deber del buen consejo y debida asesoría que tienen las AFP, situación que ubica al margen de la Litis a Colpensiones, toda vez que no hubo injerencia en los hechos constitutivos de la acción, es decir que se debe atener a lo extractado del debate probatorio, hasta tanto la afiliación efectuada al RAIS tiene plena validez y de lo alegado hasta este momento al plenario se puede colegir que dicha afiliación cumplió los requisitos de fondo y forma para surtir plena validez, que así mismo debe tenerse especialmente en cuenta que según lo narrado por el demandante y validando el registro de cotizaciones de la parte demandante en Colpensiones, se puede evidenciar que no registra cotizaciones en el régimen de prima media ni que estuvo afiliado a este régimen y que se configuraría una falta de legitimación en la causa por pasiva y un cobro de lo no debido respecto a Colpensiones, que en eventual caso de ser obligado a activar la afiliación del actor debe hacerla a un afiliado que no aportó en su fondo común y que entraría a beneficiarse de los aportes y la

solidaridad de los demás afiliados, desconociéndose además de los principios administrativos de la entidad, el ordenamiento jurídico que avoca el asunto en pugna, es decir lo establecido en el art 2 de la ley 797 de 2003. Finalmente indica que de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se desconocería los preceptos constitucionales del Acto Legislativo 01 de 2005 en lo que concierne al principio de sostenibilidad financiera pues este hecho genera una descapitalización infundada de la entidad pues se estaría obligando a soportar una carga financiera considerable sin que se tenga la obligación legal o se haya incurrido en alguna falta para hacerlo, citando las sentencias T 073 de 2019 y T 489 de 2010 como fundamento de lo anterior.

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

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a Protección S.A, y si los mismos son objeto de prescripción.

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

### **4. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 23 de febrero de 2001 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCION (fl 81 del archivo 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, 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.

Y es que expresamente la señora **NOHELIA MARTINEZ ESCOBAR** en el aludido interrogatorio expuso que aunque se encuentra desempleada, la mayor parte de su vida se desempeñó como asesora comercial. Respecto del traslado a Protección adujo que asistió a una reunión colectiva en su lugar de trabajo, donde los asesores del fondo privado le dijeron que el ISS se iba acabar y por lo tanto debía pasarse a un fondo privado, que de todas maneras allí se iba a pensionar con más dinero y más joven, advirtiéndole que en todo caso no le realizaron proyección pensional, que tampoco le hablaron que con esta nueva administradora tendría una cuenta de ahorro individual, que sus aportes tendrían rendimientos financieros, no le hablaron de la garantía a la pensión mínima, que, acerca de la heredabilidad o si quiera de las diferencias entre el RAIS y el RPM.

Destáquese que la 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 la 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 la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

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 de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de

la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la a quo.

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

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

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

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

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

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

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

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

deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

Conforme los razonamientos que preceden, y pese a los juicios argumentos que en este punto ventila Protección S.A., no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, pues el criterio que resulta vinculante es el que de forma pacífica y reiterada ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias reseñadas, que constituyen un precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

Aclarando que la condena a la devolución de cuotas de administración no constituye una condena en perjuicios, como lo indica la apoderada de PROTECCIÓN en su recurso, sino que conforme lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia, ante la conducta indebida de la AFP al omitir su deber de

información, esta debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital, pues estos dineros 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.

En cuanto a la inconformidad del recurrente atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN, habrá de señalarse que ya la Corte se ocupó del tema cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

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

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

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

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

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

Y en cuanto a la INDEXACIÓN, 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, tal y como de forma aceptada lo ordenó la a quo, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

Finalmente resulta necesario señalar 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, la AFP deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, aspecto en el que se **ADICIONARÁ** la sentencia.

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 los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 por cada entidad.

## 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 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **NOHELIA MARTINEZ ESCOBAR** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.700.086 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**.

**SEGUNDO:** se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que PROTECCIÓN S.A al momento de dar cumplimiento a la sentencia, deberá discriminar los conceptos entregados a COLPENSIONES, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

<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.*

**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 favor de la demandante por cada una de las entidades ya mencionadas.

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

**Los magistrados**  
(Firmas escaneadas)



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

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

**HACE SABER:**

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

Demandante: **NOHELIA MARTÍNEZ ESCOBAR**  
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**  
Radicado No.: **05001-31-05-020-2020-00375-01.**  
Decisión: **CONFIRMA y ADICIONA**  
Fecha de la sentencia: **06/12/2022**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

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

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario