



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de enero de dos mil veintitrés

22-119

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **WALTER LEÓN TABORDA VELÁSQUEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-024-2021-00056-01.
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

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a **PROTECCIÓN** a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones realizados por el asegurado como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado. Y consecuentemente solicita que se ordene a **COLPENSIONES** validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos a su historia laboral.

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

- ✓ Que nació el 14 de diciembre de 1957.
- ✓ Que el 6 de diciembre de 1976, comenzó a realizar sus cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida.
- ✓ Que el 24 de junio de 1994 diligenció formulario de traslado hacia Protección S.A, con fecha de efectividad el 01 de julio de la misma anualidad, traslado que no fue precedido de una asesoría personalizada y un acompañamiento en el transcurso de las mismas, sino que simplemente se limitaron a entregar los formularios de afiliación para su respectiva firma e indicar que dicho traslado no afectaría su situación pensional.
- ✓ Que el 10 de junio de 2008 al acudir a Protección se le informó que con el tiempo que tenía cotizado no le iba a alcanzar para pensionarse en el seguro social y que por consiguiente le convenía más permanecer en esta AFP.
- ✓ Que figuran formularios de asesoría con fecha de 2 de octubre de 2008 y 15 de octubre de 2009 pero no las recuerda.
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media habría percibido una mesada de \$2.631.646, la cual es superior a la de \$1.247.772 ofrecida en el RAIS
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de adquirir el derecho a pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a manifestando que únicamente le consta la reclamación presentada ante la entidad solicitando el traslado y la respuesta negativa que se dio al actor. En cuanto a los demás hechos señaló que no le constan por lo que deberán probarse.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. aceptó la fecha de nacimiento del actor, la fecha de traslado a dicha AFP y la proyección de la mesada que se le hizo en 2019 donde su mesada sería inferior al régimen de prima media, aclarando que no es posible equiparar las condiciones de ambos regímenes ya que ambos son diferentes. De otro lado indicó que no es cierto que al momento de la vinculación le haya sido indicado al demandante que su mesada sería más alta en este fondo y que recibiría una pensión antes de la edad mínima por el hecho de realizar el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos señaló que no le constan por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de mayo de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a que en el término improrrogable de un mes traslade a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos y dispuso que al momento de cumplir la orden, los conceptos debían aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

Acorde a lo anterior, ordenó a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al RDPM y a recibir la devolución de los dineros.

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

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y 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, suficiente, completa, comprensible 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 DE PROTECCIÓN S.A.

Indicó que se debe revocar la orden de devolver los gastos de administración y seguro previsional, dado que fue el legislador en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, quien autorizó y facultó a las AFP para realizar la deducción del porcentaje sobre la cotización a pensión obligatoria de los afiliados con el fin de cubrir estos dos conceptos que se generan de la actividad propia del Sistema General de Pensiones, disposición que no solamente le es aplicable a las administradoras privadas de pensiones, sino que también es descontado dentro del Régimen de Prima Media, por lo que para PROTECCIÓN no era facultativo determinar a quiénes o en qué condiciones se le efectúa el cobro, debido a que es un mandato legal y constitucional vigente.

Agregó que dentro del expediente obra certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias de hasta el 150%, dando cuenta de que estos fueron debidamente administrados por Protección S.A, por tanto, en caso de mantener la condena de primera instancia, que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y además los gastos de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues recibiría una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez del accionante, cuando ya a Colpensiones con ocasión de la ineficacia de la afiliación se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual que son fruto de la buena gestión de Protección S.A; razón por la que a la AFP le asiste el derecho de conservar este valor como restitución mutua a su favor y no tendría que trasladársela a Colpensiones.

De otro lado señaló que el artículo 1746 del Código Civil que se aplica por analogía a los temas de índole laboral, indica que la declaratoria de la nulidad o de la ineficacia tiene el efecto de que las cosas vuelvan al estado anterior, por tanto, en estricto sentido, se entiende que el contrato de afiliación nunca existió, lo que significa que los rendimientos que produjo esa cuenta no se causaron toda vez que no hubo una administración de los recursos y no existió el cobro de una comisión de administración. Con base en ello debe entenderse que, aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga una ficción de que este contrato nunca existió, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras. Esta tesis permite hablar de las prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social. Así lo advirtió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP Eduardo López Villegas. En igual sentido la Superintendencia Financiera de Colombia en Concepto del 17 de enero de 2020 fue tajante en considerar que cuando se declara la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al

artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de cuenta de ahorro individual, los rendimientos, el porcentaje correspondiente del fondo de pensión mínima respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de administración desarrollada por la administradora que genero los rendimientos

De otro lado, manifestó que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional ya que la aseguradora ya cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Frente a lo anterior, en Sentencia Rad. 2324 del 19 de marzo de 2019 MP Ana María Muñoz, la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil y Laboral indicó *“que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena”*. En ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe. Es por ello que Protección estaría imposibilitada para adelantar cualquier tipo de actuación en contra de la aseguradora buscando el resarcimiento de los dineros que en su momento le fueron cobrados por la prestación ya efectuada por la aseguradora.

En el mismo sentido, indicó que en caso de confirmar la sentencia en cuanto a la devolución de gastos de devolución de gastos de administración se estaría ante una condena con perjuicios a Protección la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil contractual con los elementos propios de la misma, pero en el presente proceso no fue objeto de prueba ni tampoco quedó demostrada la causación de los mismos.

Finalmente adujo que los gastos de administración y a las primas de seguro previsional es aplicable la prescripción establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral, toda vez que estos son dineros que no financian de manera directa la prestación económica por vejez del demandante por lo que no se les puede cobijar de la misma condición especial a los emolumentos que sí tienen esta condición.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Manifestó que debe adicionarse la sentencia de primera instancia ordenando que los conceptos que sean trasladados a Colpensiones debidamente indexados debido a que en las arcas de la AFP Protección se encuentran todos los aportes necesarios para cancelar las mesadas correspondientes del demandante, conforme analizó la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 17595 del 18 de octubre de 2017 y SL 1688 de 2019 , dado que las consecuencias de la ineficacia del traslado no

pueden ser extendidas a terceros, en este caso la administradora del régimen de prima media, de modo que Colpensiones no puede verse perjudicada por el actuar de la AFP codemandada.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado ninguna de las partes presentó alegatos.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, parecería que el problema jurídico a resolver estribaría únicamente en determinar qué haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN S.A. analizando lo atinente a las cuotas de administración y seguros previsionales y si estos están prescritos y si los mismos deben ser indexados.

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

Por ello inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó

determinantemente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

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

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

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	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 al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 24 de junio de 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCION S.A. (fl 28 del archivo 02 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor WALTER LEON TABORDA VELASQUEZ en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero metalúrgico. Respecto del traslado a Protección adujo que en 1994 una asesora de esta entidad se acercó a su lugar de trabajo y después de manifestarle que sería su mejor opción decidió vincularse voluntariamente. Sin embargo, expresó que no se le dio prioridad a la asesoría sino únicamente a la vinculación, mostrando como ventaja que Protección era una entidad novedosa, que lo único que recuerda es que *la asesoría* fue muy rápida, que firmó y punto. Indicó que no conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, ni las diferencias existentes entre cada régimen, que el dinero se trasladaba a una cuenta de ahorro individual, ni tampoco que es lo que pasaría con su dinero al cambiar de una entidad a otra. Manifestó que no es cierto que Protección S.A. le haya informado sobre la fecha límite que tenía para regresar a Colpensiones en caso de considerarlo conveniente, que de haber conocido toda la información no se habría trasladado de régimen.

Frente a las tres re -asesorías explica que la primera fue la asesoría de vinculación y las dos últimas se dieron porque él se acercó a la entidad. Recuerda que en una de ellas el asesor le manifestó que no se podría pensionar en Colpensiones y que por eso era mejor que se quedara en Protección.

Frente a la motivación principal para retornar a Colpensiones afirmó que es recibir una mejor mesada pensional, pero posteriormente aclaró que es la falta de información suministrada por

Protección. Finalmente, expresó que conoce que en caso de retornar a Colpensiones debe seguir cotizando para cumplir con el requisito de semanas y que en este fondo el dinero su pensión pasaría al fondo común.

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse

de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **RE-ASESORÍA** de la que fue objeto el demandante el 10 de junio de 2008 y 15 de octubre de 2009 (fl.32/34 archivo 02 expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 52 años, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN hubiese desmotivado oportunamente al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

“(…) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

Aunado a ello, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

De manera que, a la luz del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la administradora de pensiones, cumplir con los deberes de información que aquella norma le impone; exigencia que existe desde la creación de estas entidades y que busca entre otros, garantizar los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe en la prestación del servicio público que tienen a su cargo, conforme lo ha sostenido esta Sala (CSJ SL3708-2021); pero además, deben dar cuenta de que su conducta estuvo ajustada a ello, puesto que conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la

diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, es decir, que quien debía demostrar en el proceso que su conducta se ajustó a lo descrito en párrafos precedentes era Protección S.A; debiéndose resaltar que, el suministro de la información debe darse en *«todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica»* (SL4360-2019).

Como consecuencia de lo anterior, es que esta Corporación ha sostenido que «Brindar el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información por dos razones: la primera, porque el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y, la segunda, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad -un dato sólo es relevante y útil si es oportuno» (SL1688-2019).

Bajo el contexto que antecede y, teniendo en cuenta que no fue un hecho objeto de discusión, que para el momento en que la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad la administradora de pensiones, no le brindó la asesoría en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es claro que, el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley denunciada, puesto que conforme a lo dicho en precedencia, el juez de apelaciones no observó; en primer lugar, que conforme a las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, **las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar una adecuada asesoría a los afiliados al momento de trasladarse de régimen**, cuando exista cambio entre las administradoras de pensiones del RAIS o cuando exista intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, esto es, **el deber de información también resulta exigible y predicable cuando se está en presencia de una reasesoría, escenarios en los cuales al afiliado se le debe ilustrar sobre las consecuencias positivas y negativas** que su determinación puede acarrearle frente a su futura pensión; en segundo lugar, porque no podía concluir que esa situación quedó saneada con la reasesoría adelantada en el año 2004, pues lo cierto es, que la misma no fue oportuna, ya que tal y como lo pone de presente la parte recurrente, incluso de haber retornado al RAIS en el año 2004, no habría recuperado los beneficios de la transición, por cuanto no cumplía con los 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, tal y como lo determinó el Tribunal, por lo que si la demandante no conoció entre otros aspectos dicha situación y, la incidencia que el traslado de régimen pensional podía tener frente a sus derechos prestacionales, no puede concluirse, como lo hizo el Tribunal, la existencia de una manifestación libre y voluntaria, y por tanto, de un consentimiento informado, por lo que su traslado se torna en ineficaz.
(Resaltos de esta Sala)

Así pues, esta Sala acoge los razonamientos de la juez y se acopla al claro criterio sentado por nuestro órgano de cierre.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, 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, toda vez ordenó a PROTECCIÓN devolver todos los aportes realizados, incluyendo los tres conceptos aludidos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 el apoderado 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.

Ahora, también mencionó el apoderado de Protección en el recurso de alzada que había operado el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los montos a retornar. No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad de la pensión respecto de los gastos de administración.

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, 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 es dable acoger los razonamientos del recurrente, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivada de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

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

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, PROTECCIÓN S.A deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se **CONFIRMARÁ** el fallo.

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

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. a favor del demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fue acogido en esta instancia el planteamiento esbozado en el recurso de alzada.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

¹ 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.*

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 18 de mayo de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **WALTER LEÓN TABORDA VELÁSQUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.500.829 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que **PROTECCIÓN S.A** trasladará a **COLPENSIONES** los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente **INDEXADOS** al momento del pago, oportunidad en la que además deberá discriminar los conceptos entregados a dicha administradora, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Demandante: **WALTER LEÓN TABORDA VELÁSQUEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-024-2021-00056-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**
Fecha de la sentencia: **23/01/2023/**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **24/01/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario