



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, treinta de enero de dos mil veintitrés

22-130

Proceso: ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante: **ELDA LUCIA RAVE GAVIRIA**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-012-2019-00747-01
Tema: **INEFICACIA TRASLADO**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**

LINK: [22-130 \(012-2019-00747\)](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por 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 2** 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 Colpensiones realizar el reconocimiento de la pensión de vejez si para el momento del fallo judicial ha reunido los requisitos. Así mismo, se condene a esta entidad al pago de los intereses moratorios. Por último, se condene en costas a las entidades demandadas.

Subsidiariamente solicita se condene a Protección S.A. al pago de los perjuicios causados, tasados en el valor de la mesada pensional que le hubiese correspondido en el régimen de prima media desde el 7 de agosto de 2023.

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

- ✓ Que nació el 8 de agosto de 1965.
- ✓ Que cotizó en el ISS desde el inicio de su vida laboral hasta julio de 1994. Que en agosto de la misma anualidad se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y aquellos aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que 18 años después, el 22 de junio de 2012 por “invitación de ejecutivo” fue llamada a una reasesoría pensional por parte de Protección S.A. Que optó por aplazar la decisión debido a las falencias en la asesoría.
- ✓ Que en el formulario de reasesoría fue referenciada tangencialmente la fecha límite (10/08/2007) para optar por el cambio de fondo, pero que NO le quedó claro los términos ni consecuencias económicas en su futuro pensional.
- ✓ Que acudió a Protección S.A y a Colpensiones para solicitar el traslado, pero ambas entidades negaron su solicitud. La última bajo el argumento de que le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones aceptando los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su calidad de afiliada al ISS, el traslado y la respuesta negativa a la reclamación elevada. Respecto de los demás hechos indicó que no le constan. Por su parte, PROTECCIÓN S.A. negó el incumplimiento del deber de información al señalar que brindó una asesoría integral y veraz acerca de las características, funcionamiento y diferencias de cada régimen, reseñando algunos aspectos, calificando de consiente e informada la decisión de traslado, el que aduce se efectuó de manera libre, voluntaria y sin precisiones. Agrega que en el re-asesoría le advirtió a la demandante que NO le convenía continuar afiliada al RAIS, así como la fecha límite para trasladarse de régimen.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 09 de mayo de 2022, el Juzgado Doce 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. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, así como *lo descontado por concepto de porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

ABSOLVIÓ a Colpensiones de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la 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.

Respecto a la pensión de vejez adujo que a la fecha la demandante no cumplía con los requisitos para acceder a la misma.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. PROTECCIÓN

Presentó oposición parcial al fallo, concretamente en lo concerniente a la orden de devolver los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros previsionales. Advierte que estos

son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes. Es decir, si la demandante hubiere permanecido afiliada al RPMPD estos descuentos se hubieren efectuado en los mismos porcentajes. Adicionalmente, señala que estos dineros se encuentran plenamente sustentados en la cobertura de los riesgos de invalidez y de muerte y en la rentabilidad que generó la cuenta de ahorro individual de la demandante que a la fecha cercana es del 300% respecto de los dineros por ella aportados por concepto de cotización obligatoria.

Igualmente sostiene que la consecuencia de la ineficacia es que la demandante siempre ha estado afiliada al RPMPD, lo lógico sería ordenar el traslado de los dineros correspondientes a los aportes más los rendimientos que estos han generado en el RPMPD. Que con la presente condena, Colpensiones está incurriendo en un enriquecimiento sin causa porque está recibiendo los dineros correspondientes a los rendimientos que son fruto de la gestión que llevó a cabo Protección y adicionalmente recibe las cuotas de administración que son la contraprestación a la cual tiene derecho esta entidad pues fue lo que generó los rendimientos que incrementaron la cuenta de ahorro individual de la demandante, de lo contrario estos dineros no existirían. Finalmente, solicita declarar la prescripción respecto de los dineros correspondientes a las cuotas de administración toda vez que se está hablando de obligaciones de tracto sucesivo que no tienen como vocación financiar la mesada pensional y ha transcurrido el tiempo para que se configure la misma.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Su inconformidad se centra en la declaratoria de la nulidad de la afiliación bajo el argumento de que en los procesos de ineficacia de traslado se censura que las AFP privadas no proporcionan una clara, completa y oportuna asesoría con la información de las ventajas y desventajas del régimen al momento del traslado. Lo anterior se encuentra sustentado en diferentes etapas, la primera en el Decreto 663 de 1993 donde se impone la obligación de informar a los usuarios todo lo necesario en contra de los servicios que se prestan con el fin de lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen y con ello, permitirles a los afiliados mediante juicios propios y objetivos elegir las mejores opciones del mercado. Posteriormente se profirió la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 los cuales reglamentaron los derechos de los consumidores, proporcionando los principios y el contenido básico de la información y estableciendo el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones. La tercera etapa se da con la Ley 1448 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y las Circular Externa 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, los cuales establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen derecho a la doble asesoría como condición previa para que se proceda al traslado de los diferentes regímenes, esto es, obtener información de los asesores y promotores de ambos regímenes con el fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre

las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como las condiciones y efectos jurídicos del traslado. Por lo anterior y atendiendo al análisis de la información suministrada a la AFP privada y el alcance de la asesoría que debía brindar al momento de la afiliación de la demandante, estos deberán ser valorados bajo la normatividad vigente al momento en que se suscribió el formulario de afiliación o de la materialización del traslado que para el caso en concreto, atendiendo a dicho momento no era tan exigente en cuanto a la información que debía brindarse, por lo que la asesoría fue acorde a las exigencias legales no habiendo entonces causal de inejecución. En ese sentido se solicita revocar la sentencia de primera instancia.

2.3. ALEGATOS COLPENSIONES

Solicita no acoger la sentencia de primera instancia. Adujo que la declaración injustificada de la inejecución del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás Afiliados, pues así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010.

De otro lado adujo que, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado, sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente, indica que en caso de que se opte por acceder a las pretensiones de la demanda, Colpensiones no sea condenada y sea Protección quien le entregue a esta el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos e intereses.

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 inejecución 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 sobre estos operó el fenómeno jurídico de la 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 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 LA 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 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 03 de junio de 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCION S.A (fl 42 del archivo 17 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. Ello aunado al ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora ELDA LUCÍA RAVE GAVIRIA en el aludido interrogatorio expuso que es bachiller y actualmente ama de casa. Respecto del traslado a Protección adujo que al iniciar sus labores recibió una visita y asesoría grupal por parte de esta entidad. En ella la invitaron a afiliarse evitando quedar desprotegida del fondo de pensiones porque el ISS se iba a acabar. Sin embargo, no le indicaron que podía pensionarse de manera anticipada, las modalidades de pensión del RAIS, la diferencia entre un régimen pensional y otro, ni tampoco el capital que debía tener para pensionarse. Sobre el bono pensional conoce que se haría efectivo a partir de sus 57 años y que está guardado bajo estricta seguridad, pero desconoce que ese bono debía redimirse de manera anticipada para poder obtener la pensión. Que en ningún momento se acercó al ISS a corroborar si era cierta la información de que este se terminaría. Que tampoco se acercó a Protección S.A a absolver las dudas que tenía porque esta entidad hacía visitas y que esto *le daba tranquilidad porque estaba en buenas manos*, además de que *la información era acertada*.

Que su motivación para retornar a Colpensiones es recibir una mesada pensional superior al salario mínimo, aspecto que no puede alcanzar en Protección. Respecto a la RE-ASESORÍA señaló que en ese momento no decidió trasladarse porque no recibió una asesoría personalizada y no le quedó claro el panorama pensional; sin embargo, confió en lo dicho por los asesores.

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.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la RE-ASESORÍA de la que fue objeto la demandante el 22 de junio de 2012 (fl.81 del archivo 17 expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, previo al cumplimiento de los 57 años (aproximadamente mes y medio antes), 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 PROTECCION hubiese desmotivado oportunamente a la 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 de la 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 las 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 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 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, quien ordenó a PROTECCIÓN S.A devolver TODOS los dineros percibidos por el fondo con motivo de la afiliación, precisando que ello implicaba el retorno de los tres ítems que componían los gastos de administración, debidamente indexados y discriminados.

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.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente CONFIRMAR 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 SL3710-2021, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionadas deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, como acertadamente lo estimó la falladora.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad de la 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 de Protección S.A 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).

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.

Se condenará en costas en esta instancia a PROTECCIÓN y a COLPENSIONES a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.1600.000 para 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 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ELDA LUCIA RAVE GAVIRIA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.093.359 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 por cada una de las entidades a favor de la 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 GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante:	ELDA LUCIA RAVE GAVIRIA
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-012-2019-00747-01
Tema:	INEFICACIA TRASLADO
Decisión:	CONFIRMA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	30/01/2023

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 31/01/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario