



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, catorce de julio de dos mil veintitrés.**

#### **22-330**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **ELSA MARIA MARTELO HERRERA.**  
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, y PROTECCIÓN S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-007-2022-00051-01.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.**

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 E.I.C.E, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería jurídica a la doctora LAURA LOPEZ ALVAREZ identificada con c.c. 1.152.466.180 y T.P. N° 365.499 del C. S. de la J. para representar los intereses de PROTECCIÓN S.A, conforme al poder otorgado por el doctor JUAN PABLO ARANGO BOTERO, identificado con c.c. 98.545.420 quien funge como representante legal, en calidad de Vicepresidente Jurídico y Secretario General de PROTECCIÓN S.A. según se indicó mediante Escritura Pública No. 608 del 9 de junio de 2022, suscrita en la Notaria 14 del Círculo de Medellín.

El Magistrado de 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 023** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

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

##### **1.1. LO PRETENDIDO.**

Solicitó la demandante, se declare la **INEFICACIA** del traslado al RAIS, considerando que ha estado afiliada al RPM sin solución de continuidad. Que se condene a Protección S.A, a devolver al RPMPD todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos. Que se condene a Colpensiones E.I.C.E a validar los aportes trasladados y a incorporarlos en la historia laboral de la demandante. Finalmente solicitó se condene en costas y agencias en derecho.

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

- ✓ Que fue trasladada del RPM al RAIS el 1 de junio de 2003.
- ✓ Que al momento de la afiliación, se omitió la obligación del buen consejo, al no brindar una información clara y completa de los beneficios, contras y consecuencias del traslado.
- ✓ Que solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado a dicho régimen pensional, entidad que, mediante respuesta fechada a 26 de enero de 2022, negó la solicitud.

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

Colpensiones E.I.C.E, estimó como cierto el hecho relativo a la solicitud de traslado incoada, frente a los demás adujo no constarle, pues a su juicio, la entidad no tuvo participación, ni injerencia en el acto jurídico del traslado.

Protección S.A, consideró como cierto el hecho relativo a la solicitud de información incoada. Frente a los demás, adujo que: *la demandante se afilió de manera libre y voluntaria a la AFP Colmena hoy Protección el 07 de julio de 1994, como vinculación inicial al Régimen de Ahorro Individual, después de recibir de parte de nuestros asesores información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual y las implicaciones de afiliarse a este régimen pensional, tomando la decisión libremente, sin presión ni fuerza tal y como quedó demostrado con su firma en el formulario de afiliación, donde manifestó que realizaba la elección en forma LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES.*

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

Mediante sentencia proferida el 04 de octubre de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ELSA MARÍA MARTELO del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN traslados que data del año 1996 y los posteriores con destino AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN.*

*SEGUNDO: Se DECLARA que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad.*

*TERCERO: En consecuencia, se CONDENA a la AFP PROTECCION a trasladar los dineros con destino a COLPENSIONES, los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, se exceptúan de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros previsionales para los riegos de invalidez y muerte conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia. Estos dineros deberán ser trasladados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia*

*CUARTO: SE CONDENA a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.*

*QUINTO: Las excepciones propuestas por las codemandadas se declaran no probadas, excepto las excepciones de BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS propuesta por COLPENSIONES y la de devolver cuotas de administración y la inexistencia de la obligación de devolver prima del seguro previsional propuestas por la AFP PROTECCION conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

*SEXTO: Se CONDENA en costas a AFP PROTECCION S.A. fijando el despacho como agencias en derecho la suma equivalente a dos SMLMV; a favor del demandante y cargo de la AFP PROTECCION Se abstiene el despacho de condenar en costas a Colpensiones por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión.*

*SEPTIMO: Si el presente fallo no fuere apelado, por haber resultado adverso a los intereses de COLPENSIONES en virtud de lo que dispone el artículo 69 del CPTSS, se remitirá el expediente y la grabación a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Medellín, para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Dentro del término concedido por la ley, el apoderado judicial de Colpensiones E.I.C.E interpuso 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 las administradoras del RAIS, en quienes recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

## **2.2. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.**

Solicitó se modifique el numeral tercero de la providencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP accionada trasladar a Colpensiones el 100% de la cotización realizada por la demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimientos, se trasladen los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, lo anterior teniendo en cuenta que la ineficacia resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como lo es Colpensiones, considerando la inoponibilidad como un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que la afiliada permaneció en el RAIS, aunado a que, esta seguridad jurídica pretende proteger derechos patrimoniales de terceros, que en este caso, tiene alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional. Consideró que es deber de los jueces evaluar la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado y ponderar los bienes jurídicos en mención para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma la carga económica derivada del traslado, o que sobre los dineros devueltos se haga un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre la totalidad de la prestación en el RPM, aunado a ello, la sentencia SL 81989 de 2008, ordenó a las AFP, inclusive con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización. Todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, indicado en sentencias SU 062 de 2010, SU 130 de 2014, y de la C.S.J, en sentencias SL 4989 de 2018, y SL 1688 de 2019, ha sido vehemente en ordenar a los fondos privados el traslado de los aportes sin descuento alguno, todo conforme al artículo 48 de la C.P.C, precisamente porque las personas que se trasladan del RAIS al RPM, están a portas de pensionarse y es Colpensiones quien debe mantener el equilibrio de la sostenibilidad financiera y solo debe financiar las prestaciones económicas con base a las cotizaciones efectivamente realizadas.

## **2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **2.3.1 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.**

El apoderado judicial de la parte demandante, solicitó se adicione la sentencia, en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho a los apelantes, en la tasa máxima permitida según los artículos 5 y 2 del acuerdo PSAA16-10554, con ocasión al desgaste desmesurado del aparato judicial

ocasionado por los demandados, afectando con esto los principios de celeridad, economía y eficacia procesal.

### **2.3.2 PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.**

Por su parte, Colpensiones E.I.C.E resaltó que el traslado se funda en la cuantía de la mesada pensional, lo que no puede desembocar en la ineficacia de la afiliación por cuanto no tiene que ver con la falta de información, ni constituye un engaño, por el contrario, afirmó que a la demandante se le dio una información suficiente, indicándole las condiciones básicas del funcionamiento del RAIS, tales como, *que tendría una cuenta de ahorro individual, que se pensionaría anticipadamente, que sus aportes ganarían rendimientos, que los aportes realizados al ISS generarían un bono pensional en su favor.*

En caso de confirmar la sentencia de primera instancia, solicitó que:

*se MODIFIQUE el numeral tercero de la sentencia en especial en lo concerniente a ordenar a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, también traslade todos los gastos de administración y los valores descontados por cuotas de seguros previsionales a que hubo lugar durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas estas que deberán ser debidamente indexadas. Así mismo que se ADICIONE la sentencia en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN, que al momento del traslado informe los diferentes valores que traslada, estos son, que los conceptos que traslade a COLPENSIONES aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

### **2.3.3 PRESENTADOS POR PROTECCIÓN S.A.**

Solicitó que no se ordene la devolución o pago de reaseguros o Fogafin y al Fondo de Solidaridad Pensional, considerando que la figura de reaseguro es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora (cedente) pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora (reaseguradora), contrato que no se configuró durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, por lo que no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto. Adicionalmente, no existen en los cobros realizados por Protección, como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia

de la afiliación de la parte demandante, ya que es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que fija que tanto en el RPM como en el RAIS el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones, que se destina para pagar la comisión de administración y el seguro previsional con el fin de financiar las pensiones de sobrevivencia e invalidez.

*Frente al pago del FOGAFIN, indicó que se estaría ordenando a PROTECCIÓN el traslado a Colpensiones de un concepto completamente derogado por la normatividad que lo regula, y que además por disposición normativa fue girado al tesoro nacional, y asumido por la propia Administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, y que nunca se descontó de la cotización a pensión de los afiliados, estando así completamente infundado dicho concepto, máxime cuando Colpensiones no sería el legítimo destinatario de dicho concepto, sino que es la Nación, a la cual ya le fue girado desde hace más de doce 12 años.*

En cuanto al pago de aportes al Fondo de Solidaridad pensional, resaltó que *Colpensiones tampoco sería el destinatario legítimo del pago realizado por dichos conceptos, comoquiera que el mismo está administrado por el Ministerio del Trabajo (entidad completamente ajena e independiente al Régimen de Prima Media) y como bien lo entendió la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito en el proceso judicial 05001-31-05-011-2019-00202-01, los conceptos en este fondo son obligatorios independiente del Régimen Pensional, por lo que lo jurídicamente preciso comportaría solicitar al Fondo de Solidaridad Pensional el pago de aportes para proceder a pagarlos a Colpensiones, y posteriormente que Colpensiones procediera a cancelarlos nuevamente al Fondo de Solidaridad Pensional; otra cosa, implicaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones en contraprestación de un empobrecimiento injustificado de Protección S.A. por cuanto los aportes corresponden a un tercero completamente ajeno (Ministerio del Trabajo), al cual le es indiferente el Régimen Pensional del afiliado en cuestión para efectos del aporte al Fondo de Solidaridad Pensional.*

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

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, parecería que el problema jurídico a resolver estribaría únicamente en determinar qué haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN S.A.

No obstante, 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 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.

#### 4 CONSIDERACIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los

consejo y doble asesoría.		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 el 16 de MAYO de 1996, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A (fl 41 del archivo 07 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía 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 obtención de mejores condiciones pensionales y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las implicaciones, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora ELSA MARIA MARTELO HERRERA, en el aludido interrogatorio expuso que era licenciada en idiomas (inglés – francés) y especialista en la enseñanza del inglés, indicó que se desempeñaba como docente y agente de servicio al cliente. Respecto al traslado a Protección S.A, adujo que, asesores de la AFP llegaron al colegio en donde trabajaba a promocionar el fondo privado, indicó que, mediante una asesoría grupal muy corta en tiempo, los asesores le dijeron que la mejor opción era trasladarse al fondo privado, que los ahorros iban a estar más seguros, que no se iban a perder, que iba a obtener una pensión superior a la otorgada por el gobierno (sic), resaltó que su traslado se dio de forma voluntaria creyendo en las promesas realizadas por los asesores de las AFP, como que su pensión correspondería al valor de su último salario, razones que considero suficientes para efectuar el traslado de régimen. Resaltó que su motivación para retornar al RPM es la cuantía de la mesada pensional.

Indicó que no le explicaron que la pensión iba a depender del ahorro, así como la posibilidad de obtener una pensión anticipada.

Finalmente indicó que, mediante llamada telefónica que ella misma realizó poco antes de cumplir 47 años de edad, asesores del fondo privado le recomendaron permanecer en el RAIS, por cuanto le era más favorable, sin brindar mayor información. Resaltó que sabía que era mejor trasladarse al RPM por comentarios de allegados, pero que su gestión no fue posible por el inicio de la pandemia y por el desconocimiento de los tramites que tenía que ejecutar. Finalmente aclaró que no realizó el traslado con antelación por cuanto temía por la pérdida de su dinero, ya que, tenía conocimiento de que Colpensiones se iba a terminar.

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, 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.

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a Colpensiones E.I.C.E 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 **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien tras declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenó el traslado de *los montos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los aportes al FGPM con sus respectivos rendimientos financieros, exceptuando de dicha devolución los dineros destinados a pago de cuotas de administración y prima de seguros*

*previsionales para los riegos de invalidez y muerte*, por lo que, en aras de cumplir lo preceptuado de forma pacífica y reiterada por nuestro órgano de cierre, se determinará que además la AFP accionada, deberá retornar los 3 ítems que componen los gastos de administración reseñados con antelación, al tenor de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y así se dirá en la parte resolutive de la presente providencia.

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 E.I.C.E. 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 E.I.C.E., 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 **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 E.I.C.E 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: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – 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<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida, todas las administradoras del RAIS accionadas, deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por el a quo.

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, **modificándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia, dado que fueron acogidos los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

## 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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 04 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ELSA MARIA MARTELO HERRERA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.587.317, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E. y PROTECCIÓN S.A.**

---

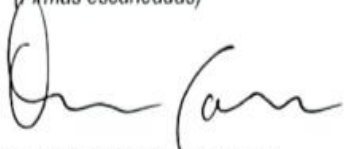
<sup>1</sup> Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*


**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero de la providencia, bajo el entendido que PROTECCIÓN S.A, trasladará a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente **INDEXADOS** al momento del pago, oportunidad en la que además **deberá discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E., detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, último punto en que se **adicionará** el fallo.


**TERCERO:** sin costas en esta instancia.

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:	<b>ELSA MARIA MARTELO HERRERA.</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES E.I.C.E, y PROTECCIÓN S.A.</b>
Radicado No.:	05001-31-05-007-2022-00051-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	<b>CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.</b>
Fecha de la sentencia:	<b>14/07/2023.</b>

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 17/07/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
**Secretario**