



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cuatro de agosto de dos mil veintitrés.

22-199

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MONICA MARIA ESCOBAR FRANCO.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-003-2019-00188-01.
Tema: ineficacia traslado.
Decisión: **CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrado **MARIA NANCY GARCIA GARCIA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Colpensiones E.I.C.E., y Protección S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado, se reconoce personería jurídica a la doctora LUISA FERNANDA SÁNCHEZ NIETO identificada con C.C. No. 1.032.392.752 y portadora de la T.P. No. 329.278 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES E.I.C.E conforme sustitución de poder que le hiciera la doctora ELIANA MORENO PEDROZA, identificada con c.c. 43.921.415 y TP. 173.191 del C.S. de la J, como apoderada general adscrita la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del C.G.P. debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Cali según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que reposa en el plenario, y de conformidad con la Escritura Publica No. 3.374 del 2 de septiembre de 2019, suscrita en la notaria 9 del círculo de Bogotá.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 26** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante, que se declare la **NULIDAD y/o INEFICACIA** del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., y por ende se tenga como válidamente afiliada al RPM. Que se condene a Protección S.A. a trasladar a la accionante a Colpensiones. Que se condene a Colpensiones, a recibir la totalidad de aportes y rendimientos provenientes del RAIS. Finalmente solicito se condene en costas y agencias en derecho.

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

- ✓ Que nació el 12 de agosto de 1964, por lo que para el año 2019 contaba con 55 años de edad.
- ✓ Que, se afilió inicialmente al ISS en el año 1989.
- ✓ Que, se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A. a partir de febrero de 1998.
- ✓ Que la afiliación a la AFP, se dio sin ningún tipo de asesoría incumpliendo con el deber legal de información.
- ✓ Que, la mesada pensional en el RPM es muy superior a la que obtendría en el RAIS.
- ✓ Que el 5 de octubre de 2018, solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones, entidad que en la misma data negó tal pretensión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A. estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la accionante y el traslado efectuado al RAIS. Frente a los demás hechos adujo que el traslado de régimen se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, al tenor de la normativa vigente en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, el cual fue precedido de una asesoría adecuada, correcta y suficiente, donde se le explicó a la accionante las características de ambos regímenes y las diferencias entre uno y otro, se le puso de presente todo el panorama del sistema general de pensiones y se le resolvieron las dudas que la misma pudo presentar al respecto, para que posteriormente tomara una decisión responsable y debidamente informada; conforme a lo anterior, consideró que la afiliación fue un acto jurídico válido y con plenos efectos.

Colpensiones E.I.C.E. aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación al ISS, el traslado a Protección S.A. la densidad de semanas al momento del traslado, el IBL indicado por la accionante para el año 2018, la simulación pensional realizada por la AFP accionada y la solicitud de traslado incoada ante Colpensiones. Frente a los demás hechos indicó no constarle, aclarando que fue la accionante, quien voluntariamente decidió trasladarse de régimen pensional.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de agosto de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín decidió:

“PRIMERO: declarar que la AFP Protección S.A. faltó a su obligación de diligencia debida y buen consejo, obligación que debió desplegar en favor de la accionante al no otorgar información real y oportuna al momento del traslado del RPM al RAIS, ni al darle explicación de las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPM a lo largo de la afiliación.

SEGUNDO: declarara que la AFP Protección S.A causó grave daño o menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante cuando esta cumplió 57 años de edad, por virtud de la falta de información indicada en el numeral anterior.

TERCERO: declarar la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP Protección S.A. por el perjuicio causado a la demandante, y el menoscabo a la seguridad social en pensiones.

CUARTO: declarar la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del RPM acaecida en la demandante cuando esta se trasladó del RPM al RAIS, y en su lugar declarar que esta sigue inmersa en el RPM, pero a cargo de la AFP Protección. S.A.

QUINTO: absolver de todas las pretensiones incoadas a Colpensiones, sin perjuicio de las ordenes que enseguida se le darán.

SEXTO: consecuencial a las anteriores declaraciones, ordenar a Protección S.A. que dentro del mes siguiente a que lo solicite por escrito la demandante, le reconozca, liquide y pague pensión de vejez conforme al RPM, aclarando que la demandante en el escrito en que solicite de la pensión de vejez, debe incluir el certificado de retiro laboral.

SÉPTIMO: ordenar a Protección S.A. que dentro del mes siguiente que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM a la demandante, solicite por escrito a Colpensiones elaboración del cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional. Igualmente se ordena a Colpensiones, que, dentro de los dos meses siguientes a la solicitud de Protección S.A., elabore calculo actuarial pensional y dentro de ese mismo lapso, lo presente por escrito a Protección S.A., entidad que, dentro del mes siguiente a la recepción del cálculo actuarial pensional, procederá al pago real y efectivo de este a Colpensiones.

OCTAVO: ordenar a Protección S.A. que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial pensional, queda obligada a continuar pagando la pensión de vejez bajo el RPM a la demandante. Colpensiones subrogara en dicha obligación a Protección S.A., desde el momento en que reciba real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional.

NOVENO: autorizar a Protección S.A. enjugar parte del cálculo actuarial que se le ordena, tomando para si los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorro individual

DECIMO: prospera la excepción de intransmisibilidad de responsabilidad de la AFP a Colpensiones, por ser esta entidad un tercero en el acto jurídico de traslado a Protección S.A.”

Finalmente condeno en costas y agencias en derecho por la suma de \$4.000.000 a cargo de Protección S.A. y en favor de la demandante.

Dentro del término concedido por la ley, la parte demandante, Colpensiones E.I.C.E. y Protección S.A. interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS.

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Indicó que las consecuencias de la ineficacia de la afiliación, no pueden afectar a los terceros ajenos a dicho negocio jurídico, como lo es Colpensiones, razón por la cual al tenor del principio de la Responsabilidad, los artículos 4, 53 y 224 de la Constitución Política de Colombia, artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y al Decreto 720 de 1994, no puede causarse un agravio a dicha entidad pues iría en contravía de la sostenibilidad financiera y por ende, de la constitución misma, al endilgarle la obligación de aceptar el retorno automático de la demandante con ocasión al perjuicio causado por una AFP, más aun cuando se considera como un tercero ajeno a esa relación jurídica, y teniendo en cuenta que las AFP no devuelven todas las sumas que obtuvieron producto de los dineros de la seguridad social. Así las cosas, si se prueba que las AFP no brindaron una información veraz y oportuna, teniendo en cuenta el mencionado principio de Responsabilidad, lo que procede es declarar la inaplicación constitucional del RPM y en ese sentido, indicar que el trabajador sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la administradora de fondos de pensiones del RAIS incumplida. En este orden de ideas, y respecto al deber de información a cargo de la AFP accionada, adujo que se encuentra probado en el plenario que a la demandante no se le brindó información transparente, veraz y oportuna, pues se demostró un perjuicio o menoscabo a su derecho a la seguridad social, cuando cumpliendo la edad de 57 años de edad, la AFP le indicó que el capital no era suficiente para causar la pensión de vejez, razón por la cual, consideró procedente dejar sin efectos la afiliación al RAIS. Finalmente considero que, con base al quebrantamiento del deber de información, al demandante se le había causado un menoscabo en su derecho pensional, por lo cual ordeno a Protección S.A. su reconocimiento bajo los parámetros del RPM.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN.

2.2.1. PRESENTADO POR PROTECCIÓN S.A.

Solicitó se revoque a sentencia de primera instancia, considerando que viola el principio de congruencia, toda vez que los perjuicios que se establecieron en la motivación del fallo, no fueron pretensiones de la demanda y menos fueron oponibles a la AFP; indicó que conforme al artículo 281

del C.G.P. aunque los jueces al momento de proferir sentencia, tienen la facultad de emitir fallos extra y ultra petita, es claro que el presente está desfasado, inclusive transgrediendo la seguridad jurídica al desconocer el precedente jurisprudencial que en materia de ineficacia del traslado se ha venido estableciendo; resaltó que conforme a la sentencia C 836 de 2001 emitida por la Corte Constitucional, se ha establecido el principio de seguridad jurídica, que es un aspecto subjetivo, y que a partir de la confianza legítima de los fallos judiciales, este principio es una garantía que adquiere plena dimensión constitucional en el respeto propio por el acto que se aplica a las autoridades judiciales, en este sentido, al interpretar correctamente el concepto del sometimiento de los jueces a la Ley y establecer un nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el juez debe partir de la premisa de que las potestades otorgadas por las autoridades, están sometidas al principio de razón suficiente, y en esta medida, una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia en realidad lo que está haciendo es desconocer el cumplimiento de un deber constitucional, esto por cuanto las sentencias del a quo en segunda instancia han sido sujeto de revocatoria constante por parte del Tribunal Superior de Medellín. Conforme a lo anterior, reitero su solicitud de revocatoria de la providencia, teniendo en cuenta que esta se aparta del precedente jurisprudencial decantado por la C.S.J., aun mas, cuando en el presente proceso no se pidieron perjuicios, y estos no fueron demostrados; adujo que no puede endilgarse esta obligación por una afiliación que para los efectos es legal y existente, aunado a que la AFP no puede asumir consecuencias particulares de actos que se dieron con la voluntad del afiliado, quien de manera injustificada pretende desconocer la legalidad de un acto jurídico. De otro lado indicó que el C.G.P. en su artículo 206 establece que quien pretenda una indemnización económica, debe estimar el monto discriminando cada uno de sus conceptos, lo cual tampoco se realizó en el asunto, considerando la condena violatoria del debido proceso.

Resaltó que los regímenes pensionales cuentan con su propia regulación, por lo que pretender el reconocimiento de prestaciones equivalentes a título de indemnización de perjuicios resulta contrario al ordenamiento jurídico, el cual dispone que los afiliados se pensionaran conforme a los requisitos del régimen al cual pertenecen; adujo que el hecho de trasladar esa carga a la AFP resulta ilegal e inconstitucional por cuanto la afiliación se realizó libre de cualquier vicio o causal de ineficacia, por lo que desconocer la naturaleza del RAIS iría en contravía de lo dispuesto en la sentencia C 086 de 2002, pues las normas que regulan este régimen, se entienden ajustadas a la constitución.

De de otro lado, consideró que la providencia transgrede el principio de sostenibilidad financiera por cuanto no puede ordenarse a que la AFP pague un cálculo actuarial a Colpensiones, además de que asuma mesadas pensionales con base a su propio patrimonio bajo las reglas de un régimen distinto, pues la financiación de las pensiones en ambos regímenes es totalmente diferente, conforme se

aprecia en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, por lo que a su juicio, el a quo no puede apartarse del precedente jurisprudencial decantado por la C.S.J.

2.2.2 PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Interpuso recurso de apelación en contra de los numerales 4, 6, 7 y 8 de la providencia de primera instancia, en primer lugar, en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez, consideró que la demandante aun no sería beneficiaria de la misma, dado que el 23 de febrero de 2021 la demandante solo contaba con 1150 semanas de cotización, razón por la cual solo cumpliría los requisitos el 12 de agosto de 2024. En lo referente a la inaplicación constitucional, considera que no es viable la declaratoria de la infancia por este concepto, pues en los procesos de ineficacia no se está vulnerando un derecho fundamental, ya que la AFP en ningún momento desconoció el derecho al acceso al sistema de seguridad social en pensiones, pues las pretensiones de la demandante giran en torno a la cuantía de la mesada pensional, así las cosas, el juez debe acogerse a imperio de la Ley, que en el caso concreto prohíbe el traslado cuando al afiliado le falten menos de diez años para cumplir con la edad pensional, pues se debe calcular el IBL de los últimos 10 años de cotización, y los conceptos que determinan este valor resultan inciertos en el tiempo. Destacó que existe inseguridad jurídica por cuanto los regímenes pensionales tienen un carácter excluyente, pues ambos se diferencian tal y como se puede apreciar en la proyección pensional presentada por Protección S.A. De otro lado adujo que contrario a lo manifestado por el a quo, en el proceso no se probó la existencia de un daño real, cierto y actual pues no es posible determinar con certeza si la demandante va a causar el derecho pensional y su consecuente cuantía. En cuanto a la ineficacia del acto jurídico, indicó que su procedencia depende del menoscabo o vulneración de los derechos de la accionante, supuesto que no se acredita, pues en ningún momento se le está negando su derecho a la pensión de vejez, por el contrario, aquella cuenta con un capital bajo que no le permite acceder a esta prestación. En cuanto al principio de la responsabilidad, resaltó que su aplicación se les exige a ambas partes, pues el afiliado tiene la obligación de asesorarse sobre las reglamentaciones legales sobre las cuales está tomando su decisión, sin que el desconocimiento de la Ley le sirva de excusa, pues esto ocasionaría el desconocimiento del deber legal de informarse que yace en cabeza de la accionante. En lo referente a la subrogación pensional y a las permutas financieras, consideró que no es viable por cuanto el cálculo actuarial, no es aplicable en asuntos relacionados con las permutas financieras, aunado a que este solo se da en eventos de omisión de afiliación a seguridad social o de mora patronal, y tampoco se podría considerar una subrogación pensional entre dos AFP de distinto régimen, pues esta figura está dirigida a empleadores.

2.2.3 PRESENTADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

Interpuso recurso de apelación de forma parcial, considerando que se debe tener en cuenta los lineamientos normativos y jurisprudenciales que regulan la materia y que establecen el carácter excluyente de los regímenes pensionales, bajo ese entendido, solicitó que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene a Protección a trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a esta última a recibir dichos aportes considerándola como la responsable de reconocer y pagar la pensión de vejez como administradora del RPM.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

En primer término, al tenor de las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional, consideró que en materia de traslados, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, aunado a que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, lo anterior, teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 334 de la Constitución Política en relación con la sostenibilidad financiera del sistema, con base en lo anterior, solicitó se revoque el fallo proferido por el a quo, pues a su juicio la ineficacia o nulidad del traslado por falta del deber de información que tienen las AFP, está cargado consecuencias finales a Colpensiones, respecto de un acto de terceros en el cual no intervino ni tuvo la capacidad de resistir, pues en últimas es quien debe asumir la carga de un afiliado que no cotizó a su sistema como se dejó expuesto anteriormente.

De forma subsidiaria, solicitó se modifique la providencia, y se condene a la AFP accionada a entregar a Colpensiones 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 específicos completos que generaron los recursos en la RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del despacho debidamente indexado, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y a las sentencias SL 782 de 2021, SL 3202, SL 3709, SL3710, y SL 3769 de 2021.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA.

De acuerdo a lo planteado en los recursos de alzada, el problema jurídico consiste en determinar cuáles son los efectos jurídicos que genera el incumplimiento del deber de información, analizando no

sólo 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, examinando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, sino además establecer la viabilidad de la indemnización de perjuicios, analizando si se acreditó el daño, la responsabilidad de la AFP y el nexo causal, y a su vez si ello cimenta la procedencia del pago de un cálculo actuarial en los términos ordenados por el fallador, determinando además 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 alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

4. CONSIDERACIONES

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

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

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho;

y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales,

ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	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	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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	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 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 26 de febrero de 1998 cuando suscribió el formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 19 del archivo 003, carpeta 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración, y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora MONICA MARIA ESCOBAR FRANCO en el aludido interrogatorio manifestó que es profesional en medicina, con especialidad en dermatología, y que labora en calidad de trabajadora independiente. Respecto de su traslado al RAIS administrado por Protección S.A., adujo que estando en su puesto de trabajo para la data, en la Universidad de Antioquia, un asesor del fondo privado, mediante reunión de carácter individual, le indicó que le era más benéfico estar en Protección S.A. resaltando que el ISS era una entidad muy corrupta y que probablemente se iba a terminar, que no se sabía que sucedería con los dineros allí cotizados, y que no se sabía si existían los fondos suficientes para pagarle a los pensionados, lo anterior, en comparativo con el fondo privado, el cual presentó como una entidad más segura y confiable, argumentos que consideró necesarios para trasladarse de régimen pensional.

Destacó que: no tuvo oportunidad de realizar preguntas, que fue llamada antes de cumplir 47 años de edad, en donde se le brindó una asesoría superflua, reafirmando lo dicho en el momento del traslado inicial al RAIS, y que nunca se le hizo una simulación pensional. Finalmente indicó que no le hablaron de la figura de pensión anticipada.

Resaltó que quiere retornar al ISS porque en el año 2018, una asesora de la AFP se comunicó, y le indicó que con el saldo que tenía en su momento, no se alcanzaba a jubilar (sic), y que para lograrlo, debía realizar un aporte voluntario de noventa millones de pesos, situación que le provocó sentimientos de engaño y decepción.

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 indicado por la reclamante dejar ver que no existió información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, 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, que no le dieron explicación alguna sobre el funcionamiento del régimen.

De otro lado, tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición pero en virtud de la densidad. No obstante lo anterior, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, el asegurado busca obtener la consecuencia jurídica

que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto, es decir, en cuanto a la declaratoria de ineficacia, NO así los efectos que de ello derivó el juez.

Y es que aquel considera que la afiliada verá truncado su derecho a disfrutar de una prestación en un monto superior, dado que habría una eventual reducción en la pensión por vejez que recibiría de permanecer en el RAIS, en contraste con aquella ofrecida por el régimen de prima media.

No obstante, al margen de que por sí sólo eventualmente ello pudiese o no acarrear la indemnización de un perjuicio, lo cierto es que NO hay prueba que soporte la veracidad de tal aseveración, ni siquiera un cálculo a título ilustrativo, en contraste con lo que mal o bien, se identifica en los anexos de la demanda respecto al eventual monto que en un futuro percibiría en dicho fondo, ello sin miramientos a la precisión que pudiese tener dicho cálculo dado los errores en el establecimiento y/o cuantificación del IBL de cara a las cotizaciones efectuadas no sólo en el transcurso de la demanda, sino además con posterioridad a la sentencia que, de existir, afectarían cualquier cuantificación primigenia.

Aunado a lo anterior, habrá de señalarse que, en parte alguna, se acreditó que la administradora del RAIS hubiese brindado una errada información a la actora al momento de afiliarse, siendo carga de quien aduce un perjuicio, demostrar no sólo su existencia, sino que el mismo está ligado a tal actuar, es decir, ese nexo de causalidad, pues aunque quisiese asimilarse el daño al menoscabo en la tasa de reemplazo, ello no releva de la actividad probatoria que en tal sentido se debe desplegar, actividad que precisamente NO ejecutó porque NO era una pretensión.

Y es que la ineficacia aquí declarada, no deviene de tal hecho, es decir, del actuar negligente de la entidad, ni de que se hubiese configurado un error de hecho en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa como vicio en el consentimiento, tal ineficacia nace de la omisión de la AFP en cuanto a no cumplir la carga de la prueba que el precedente judicial ha radicado en cabeza suya, es decir, se cimenta en el hecho de que el fondo no demostró la calidad de la asesoría que en su momento brindó al afiliado.

Así las cosas, si se desconocen los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que aduce el fallador, partiendo de la idea que se hubiese demostrado un daño, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que la demandante decidió

trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por la accionante en el interrogatorio de parte absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho.

En todo caso, aunque tal tesis no fuera de recibo, a igual conclusión llegaría esta Magistratura.

Y es que realmente se torna innecesario entrar en disquisiciones puntuales en torno a la acreditación o no de un eventual perjuicio respecto del futuro pensional de un afiliado, toda vez que aunque pudiesen resultar interesantes los planteamientos del a quo, lo cierto es que son otras las consecuencias que nuestro órgano de cierre ha derivado en este tipo de asuntos, el que propende por la declaratoria de ineficacia junto con el retorno de ciertos haberes como más adelante se pasará a explicar, de ahí que siguiendo este precedente consecuentemente se entienda que la persona permanece en el régimen primigenio, siendo Colpensiones y no otra entidad la encargada de asumir el reconocimiento integral de la futura prestación por vejez en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, sin que pueda en este caso mantenerse la condena a la prestación, aún en cabeza de la administradora del régimen de prima media, toda vez que en parte alguna se solicitó su reconocimiento en el libelo genitor, tampoco fue un hecho discutido, de ahí que, tras la emisión de esta sentencia, le corresponda a la parte elevar la correspondiente reclamación administrativa para efectos de analizarse su procedencia.

Y es que la aludida ineficacia realmente implica es que la administradora del RAIS accionada, traslade a COLPENSIONES **todos** los valores que hubieren 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, de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, punto en el que se **REVOCARÁ** la decisión adoptada por el a quo, y en su lugar, se ordenará que el traslado de estos conceptos este a cargo de Protección S.A.

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 pasarán 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 entregados 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: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

La Sala de Casación Laboral también 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.

Por último, 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, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se adicionará el fallo.

En tal sentido, deberá **REVOCARSE** la orden del fallador en cuanto a la declaratoria de causación de un daño por parte de Protección S.A., y consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial/título pensional a título de indemnización por perjuicios.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** en cuanto a la declaratoria de ineficacia, **adicionándola y revocándola** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia, dado que todas las partes apelaron y tuvieron éxito parcial en el recurso, dado que, entre otros, su disenso se enfocó en los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado bajo los criterios esbozados por el a quo.

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 PARCIALMENTE la sentencia proferida el 02 de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MONICA MARIA ESCOBAR FRANCO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.882.604 contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: REVOCAR la declaratoria de causación de un daño por parte de Protección S.A. y consecuencialmente todo lo atinente al pago del título pensional/cálculo actuarial con ocasión a una indemnización por perjuicios y el otorgamiento de la pensión de vejez en los términos estipulados para el régimen de prima media.

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.*

TERCERO: MODIFICAR el fallo bajo el entendido que se:

- a) **DECLARA** la **INEFICACIA** de la afiliación de la demandante al RAIS, entendiéndose que estuvo válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones E.I.C.E, es decir, de manera permanente y sin solución de continuidad.
- b) En consecuencia de lo anterior, se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante desde el cambio de régimen, tales como, aportes consignados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, incluyendo los 3 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), sumas que serán debidamente **INDEXADAS** por dicha administradora del RAIS 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, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.
- c) Se **ORDENA** a COLPENSIONES E.I.C.E recibir los dineros trasladados, reflejando en la Historia Laboral la **totalidad** de cotizaciones realizadas por la demandante al régimen pensional.

CUARTO: 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


MARÍA 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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	MONICA MARIA ESCOBAR FRANCO.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-003-2019-00188-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	04/08/2023

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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario