



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés.

23-163

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **ROSMIRA MARÍA RESTREPO ZULUAGA.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05- 004-2020-00111-01.
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.

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 032** 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 **NULIDAD** del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., considerando que ha estado válidamente afiliada a Colpensiones E.I.C.E. Que condene a Protección S.A. a trasladar los aportes en pensiones como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y rendimientos. Que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y a reconocer y pagar la pensión de vejez al momento de cumplir los requisitos de Ley. Finalmente solicitó se condene en costas del proceso.

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

- ✓ Que nació el 23 de enero de 1962.

- ✓ Que, se afilió inicialmente al RPM hasta el año 2000, fecha en la cual se trasladó al RAIS.
- ✓ Que en la fecha del traslado, el empleador le indicó a los trabajadores que la empresa había tomado la decisión de afiliarlos a Protección S.A., ya que ofrecía mejores garantías.
- ✓ Que el asesor del fondo privado no le brindó información acerca de las características del RAIS y las consecuencias del traslado, por el contrario, le manifestó que el ISS se iba a terminar, que en el fondo privado se pensionaría con un monto mejor que en el ISS y de manera anticipada.
- ✓ Que en el año 2008, una asesora de Protección S.A. le insinuó que debía trasladarse al RPM, confiando la actora en que su traslado se hizo efectivo, sin embargo, la asesora plasmó en el formulario que la accionante aplazaba la decisión.
- ✓ Que el 10 de febrero de 2020, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, entidad que negó tal pretensión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colpensiones E.I.C.E, se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos, estimó como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, y a la solicitud de traslado incoada. Frente a los demás, adujo que no le constaban considerando que la entidad no tuvo participación en su constitución.

Protección S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora, el traslado al RAIS, y la solicitud de información incoada ante esta entidad. Frente al traslado de régimen pensional, adujo que la entidad le brindó una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el RAIS, resaltando: *las características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable al depender del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizándose comparativos generales entre uno y otro régimen, señalándole a su vez, que el RAIS es completamente diferente y excluyente respecto al RPM, sin que pueda hablarse de uno mejor que otro ya que esto depende de las circunstancias especiales de cada afiliado.*

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 13 de marzo de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS el día 3 de agosto del año 2000. En consecuencia, queda incólume la afiliación a Colpensiones, sin solución de continuidad.

SEGUNDO: Ordenar a Protección S.A. a retornar todos los valores de la cuenta de ahorro individual y los que se han dentro de un término de 30 días, Colpensiones los recibirá a satisfacción y equivalencia, los valores a retornar son: cotizaciones, aportes y rendimientos en su totalidad, los gastos de administración, los pagos de seguro y reaseguro y los pagos destinados al fondo de garantía de pensión debidamente indexados, con cargo al propio patrimonio de la entidad, y acompañado con toda la documentación que acredite ciclos, valores y demás información importante para Colpensiones.

TERCERO: Ordenar a Colpensiones permitir el traslado de la actora del RAIS al RPM, conservando todos los beneficios, brinde todas las garantías de la afiliación, y actualice el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad.

MEDIDA CAUTELAR: No podrá Colpensiones negar el reconocimiento pensional, argumentando que no le han llegado a satisfacción y equivalencia los valores provenientes del RAIS.

CUARTO: Absolver a Colpensiones de la solicitud pensional, al no demostrarse la densidad de semanas.

CUARTO(sic): Desestimar las excepciones de mérito propuestas por Protección y por Colpensiones

SEXTO: Condenar a la parte vencida en juicio Protección S.A. en costas, como agencias en derecho se tarify \$2.500.000 a favor de la demandante.

SÉPTIMO: Conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada la decisión.”

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones E.I.C.E. sustentó recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS.

2.1. DEL 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.

Presentó recurso de apelación de forma parcial, considerando que no puede imponerse la medida cautelar que prohíbe a Colpensiones la negativa del reconocimiento pensional aduciendo que no ha recibido los aportes del RAIS a su satisfacción y equivalencia, pues el reconocimiento pensional no fue objeto del proceso, y adicionalmente no podría calcularse el valor de la mesada pensional, pues sin dichos reportes no podría calcularse los parámetros de liquidación de esta. Aunado a lo anterior, indicó que Colpensiones cuenta con 4 meses para pronunciarse de fondo, luego de la recepción de dichos los dineros y de la radicación de la petición de reconocimiento por parte de la accionante.

Resaltó que, Colpensiones es un fondo común y, por ende, no puede disponer de los recursos sin justificación, por lo que en primera medida debe recibir los dineros provenientes del RAIS, actualizar la historia laboral, reactivar la afiliación y posteriormente efectuar el análisis de reconocimiento de prestaciones económicas, lo anterior, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera.

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

Avizora la Sala que, si bien se allegó documento contentivo de los Alegatos de Conclusión, la apoderada judicial no adjuntó el poder para representar los intereses de Colpensiones E.I.C.E., razón por la cual no serán tenidos en consideración.

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA.

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, el problema jurídico a resolver estribaría en determinar qué haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN S.A, y si es procedente la medida cautelar impuesta a COLPENSIONES E.I.C.E. por el a quo.

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:

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.° 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 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 el 3 de agosto del año 2000, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Protección S.A (fl 46 del archivo 11 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 la injerencia de su empleador, y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, y las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora ROSMIRA MARÍA RESTREPO ZULUAGA, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios es técnico en mercadeo y que además cuenta con un secretariado bilingüe, adujo que labora en un negocio de cosméticos y droguería, y que se encuentra cotizando al fondo privado. Respecto al traslado a Protección S.A. indicó que, la empresa donde laboraba decidió hacer un traslado masivo a Protección, para lo cual, mediante una reunión de media hora, el área de Recursos Humanos (asesor de AFP) suministró el formulario de afiliación para su firma, sin que se le informe previamente las ventajas y desventajas de la decisión. Resaltó que accedió

a suscribir el formulario porque era una norma de la empresa, sin tener conocimiento previo del acto jurídico. Destacó que no le hablaron del derecho de retracto, y pensión anticipada.

Resaltó que a los 45 años recibió asesoría por parte del fondo privado, en donde le indicaron que le convenía pasarse a Colpensiones, con base en lo anterior, indicó que firmó un documento en el cual autorizaba su traslado al RPM, sin embargo, este no se hizo efectivo, situación de la que se dio cuenta encontrándose en la prohibición legal para efectuar el traslado.

Finalmente destacó la motivación para retronar a Colpensiones, es la cuantía de la mesada pensional.

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.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la RE-ASESORÍA de la que fue objeto la demandante el 28 de julio de 2008 (fl.51 archivo 11 del expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 47 años, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN hubiese desmotivado oportunamente 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 acoge los razonamientos del juez y se acopla al claro criterio sentado por nuestro órgano de cierre.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, 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 **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

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 **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 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.

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

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

Empero, se advierte procedente **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la Sentencia apelada, respecto a la autorización otorgada a COLPENSIONES para recibir los aportes provenientes del RAIS a su “satisfacción y equivalencia”, en tanto que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital que debe recibir COLPENSIONES con destino al Fondo Común que se constituye para

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.*

financiar las pensiones del régimen de prima media; teniendo en cuenta que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, con la orden impuesta a PROTECCIÓN S.A. de trasladar igualmente, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, y que se deben integrar al Fondo común que administra COLPENSIONES para garantía de las pensiones del régimen de prima media, se está garantizando que el fondo pensional público reciba todos los valores que debió percibir en el evento en que la accionante hubiere permanecido afiliado a esa entidad. Además, que tampoco quedó establecido el detrimento o desmedro de los aportes que se acumularon en el RAIS.

Respecto a la medida cautelar interpuesta a Colpensiones E.I.C.E., considera la Sala que su declaración resulta contraria al principio de congruencia de las sentencias judiciales, en tanto, no se configura por el a quo como una consecuencia de un derecho pensional constituido, como lo es la prestación económica de vejez, aunado a esto, tal declaración no fue objeto de estudio en la sentencia de primer grado como resultado de las facultades ultra o extra petita del fallador, por el contrario, la medida cautelar fue concebida con base a la orden impartida a Colpensiones, para recibir los aportes provenientes del RAIS a su "*satisfacción y equivalencia*", misma que será revocada por los argumentos esbozados en el párrafo que antecede. En este sentido, esta Magistratura considera que la consecuencia impuesta no tiene una obligación principal que cimente su causación, pues los requisitos de edad y semanas para acceder a la prestación económica de vejez no fueron acreditados, por lo que, ante la ausencia de un estudio previo y razonado respecto de la consecuencia que se quiere imponer a la administradora del RPM, y en salvaguarda del principio de sostenibilidad financiera determinado por el Acto Legislativo 01 de 2005, esta Magistratura considera procedente revocar la medida cautelar impuesta a Colpensiones E.I.C.E., para en su lugar, indicar que dicha administradora estudiara el derecho pensional de la accionante, y lo reconocerá si hay lugar a ello, previa solicitud de la afiliada y conforme a los límites temporales establecidos en parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

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, **revocándola** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia, dado que fueron acogidos algunos de 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 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ROSMIRA MARÍA RESTREPO ZULUAGA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.036.318, en contra de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**


SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la providencia, respecto a la orden impartida a COLPENSIONES E.I.C.E. de recibir los aportes provenientes del RAIS a su “*satisfacción y equivalencia*”, conforme a lo indicado en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: REVOCAR la medida cautelar impuesta a COLPENSIONES E.I.C.E. aclarando que dicha administradora estudiará el derecho pensional y lo reconocerá si hay lugar a ello, previa solicitud de la afiliada y conforme a los límites temporales establecidos en parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme se esbozó en la parte motiva de la providencia.


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



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	ROSMIRA MARÍA RESTREPO ZULUAGA.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05- 004-2020-00111-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	27/09/2023.

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 28/09/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario