



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veinticuatro de junio de dos mil veintidós

S20-128

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante: **JAIME LUIS SALGADO VERGARA**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-020-2019-00220-01.
Tema: ineficacia
Decisión: **CONFIRMA y ADICIONA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las entidades accionadas dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 19** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de INEFICACIA del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad, ordenándose a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los valores realizados, incluyendo los rendimientos, sin efectuar ningún tipo de descuento por cuotas de administración.

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

- ✓ Que el 1 de agosto de 1995 comenzó a efectuar aportes al otrora ISS.
- ✓ Que en el año 1995 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y los aspectos que no le explicó el asesor).
- ✓ Que conforme proyección pensional efectuada por dicho fondo a los 62 años accedería a la garantía de pensión mínima.
- ✓ Que de haber permanecido en Colpensiones percibiría una mesada equivalente a \$1.916.620, lo que refleja una diferencia que afectaría su calidad de vida y la de su familia
- ✓ Que nunca fue re-asesorado.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES indicando que únicamente le constaba la afiliación inicial del demandante al otrora ISS, así como los montos que eventualmente percibiría en uno y otro régimen de acuerdo no sólo a la proyección realizada por Protección S.A., sino además de cara a los cálculos efectuados por el *auxiliar de la justicia*.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. negó el incumplimiento del deber de información al señalar que le brindó la asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara, comprensible y necesaria acerca de las características, funcionamiento y diferencias de cada régimen, reseñando algunos aspectos, calificando de consiente e informada la decisión de traslado, firmando de manera libre, voluntaria y sin precisiones. Agrega que NO brindó una re-asesoría dado que no contaba con la información actualizada del afiliado.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de la cuenta de ahorro individual, *así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen, tales como gastos administración, pagos de seguros previsionales, aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descontar valor alguno de las cotizaciones obligatorias pagadas por el demandante.*

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

Dentro del término concedido por la ley, las entidades accionadas interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA CONDENAR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en algunas de las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. INTERPUESTO POR PROTECCIÓN S.A.

Se opone al traslado de los dineros correspondientes a las cuotas de administración. Sostiene que son descuentos legales, exigibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir, que si el demandante hubiese permanecido en Colpensiones, de igual manera estos descuentos se hubiesen generado de los dineros por él aportados.

Recuerda que dichos dineros no financian la mesada pensional, aclara que se depositan en cuentas diferentes de destinación específica, las cuales que se encuentran estrictamente reguladas por la ley.

Que estos descuentos se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que han generado los aportes realizados por el demandante durante toda su vida laboral.

Que si la consecuencia de la ineficacia es entender que el demandante siempre ha estado afiliado a Colpensiones, debería entonces ordenarse a trasladar solo el valor correspondiente a los aportes, más los rendimientos que estos hubiesen generado en el régimen de prima media en atención a las restituciones mutuas, de lo contrario incurría en un enriquecimiento sin causa, toda

vez que recibiría los rendimientos, frutos de una administración que realizó Protección, y adicionalmente el valor equivalente a la contraprestación por una administración que no llevó a cabo.

Igualmente solicita que se aplique la prescripción a los dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que la vocación de estos dineros no es la financiación de la mesada pensional, lo que los hace susceptibles de que sobre los mismos opere dicho fenómeno, máxime si ya ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR COLPENSIONES

Adujo que sin perjuicio del grado jurisdiccional de consulta, debía examinarse la improcedencia del traslado debido a que el demandante, dentro del proceso que hoy nos ocupaba, solicitó a la entidad su traslado dentro de los 10 años faltantes para completar la edad mínima de pensión, esto es habiendo cumplido ya los 52 años de edad, por lo que se encontraba inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el Literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Añadió que por ser un contrato inter partes, el afiliado también tenía obligaciones conforme al Decreto 2550 de 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero, entre ellas, informarse de las condiciones del sistema aprovechando los mecanismos de divulgación, revisar las condiciones de la afiliación o traslado, la aceptación de los efectos legales con las restricciones derivadas de esta.

2.3. ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, o que de confirmarse, Protección S.A. traslade la totalidad de los saldos que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, las cuotas de administración, la garantía de pensión mínima, valores de reaseguros o seguros provisionales, además de los rendimientos financieros con todos sus frutos e intereses, valores que deberán estar debidamente indexados, confirmándose además la absolución en costas por cuanto es un tercero ajeno al acto ineficaz que se condena.

Tras referenciar lo acontecido en el proceso, consideró importante destacar que el demandante solicitó a la entidad su traslado dentro de los 10 años faltantes para completar la edad mínima de pensión, es decir, encontrándose inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual cita.

Posteriormente expresó que:

Igualmente, debe analizarse que el demandante también tiene obligaciones frente al contrato celebrado, entre él y la codemandada, ello conforme al decreto 2550 del 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero, donde se determina las obligaciones que debe atender el afiliado que pertenezca al sistema general de pensiones, entre ellas:

1. informarse de las condiciones del sistema, aprovechando los mecanismos de divulgación.
2. revisar las condiciones de la afiliación o traslado
3. la afiliación implica la aceptación de los efectos legales, costos y restricciones derivadas de esta.

Por otro lado, en los procesos de ineficacia o nulidad del traslado, se censura que las AFP privadas no proporcionaron al momento del traslado una clara, completa y oportuna asesoría con información en relación con las ventajas y desventajas del régimen hacía el cual se pretendía efectuar el traslado por el afiliado, siendo ello una obligación ineludible que tienen las referidas administradoras.

Lo anterior encuentra sustento en diferentes etapas, la primera es el Decreto 663 de 1993, donde se impone la obligación de comunicar a los usuarios de los servicios, la información necesaria de los servicios que prestan, con el fin de lograr la mayor transparencia posible en las operaciones que se realicen y con ello permitir a los usuarios mediante juicios propios y objetivos elegir las mejores opciones del mercado. Luego, se profirió la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, los cuales reglamentaron los derechos de los consumidores, proporcionando los principios y el contenido básico de la información, estableciendo el deber de la asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones. La tercera etapa se da a través de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la circular externa número 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen derecho a la doble asesoría como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes con el fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Por lo anterior y atendiendo al análisis de la información suministrado por las AFP privadas y el alcance de la asesoría que debieron brindar al momento de la afiliación, deberán ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación o de la materialización del traslado, que, para el caso en concreto, atendiendo a la fecha en que se realizó el traslado no era tan exigente en cuanto a la información que debía brindarse, por lo que la asesoría fue acorde a las exigencias legales para el momento no habiendo causal de ineficacia.

Empero, y en caso de que no sean tenidas en cuenta las anteriores apreciaciones deberá confirmarse la sentencia en el sentido que en esta se ordenó a la AFP privada trasladar todos los recursos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual, esto es, además de los aportes, los rendimientos de la cuenta individual, las cuotas de administración, la garantía de pensión mínima, valores de reaseguros o seguros provisionales, además de los rendimientos financieros con todos sus frutos e intereses debidamente indexados, lo anterior conforme al principio de la estabilidad financiera consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política Colombiana, el cual fue modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 003 de 2011, pues los referidos dineros

se han causado como resultado del trabajo del demandante, por lo que, los mismo deben ser asumidos por el fondo privado con cargo a sus propios recursos.

Lo anteriormente expuesto, encuentra sustento en el precedente jurisprudencial que ha venido construyendo la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, tal y como se evidencia en sentencias, SL 31989 de 2008, SL 4,964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 Y SL 1.688 de 2019 (...)

Lo anterior, por cuanto precisamente, la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

Por otro lado, respecto a la absolución de la condena en costas, la misma es procedente en ambas instancias, teniendo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero de buena fe que fue citado al proceso precisamente en calidad de administradora de los recursos del Régimen de prima media con prestación definida, sin que nada haya tenido que ver en el acto de traslado celebrado entre las partes y que fue declarado ineficaz.

Además, debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES en ejercicio del derecho constitucional a la defensa no le queda otra alternativa que oponerse a unos hechos y unas pretensiones que no le constan y de los cuales no hizo parte, debiendo esperara que los supuestos fácticos sean demostrados en el transcurso de un proceso y que sea el Juez con sus facultades de impartir justicia quien defina si existió o no una vulneración de derecho a la demandante, resultando injusta entonces la condena por este concepto

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se examinará qué haberes le corresponde retornar a Protección S.A.

No obstante, lo anterior conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de 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 algunos fondos privados brindaban, se pudiera convalidar ese traslado original.

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

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna*. (Sentencia con

radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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 al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

Así las cosas, del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por el demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente 4 de marzo de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 34 y 208 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 al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado básicamente 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 es que expresamente el señor Jaime Luis Salgado Vergara en el interrogatorio absuelto adujo que actualmente labora en el SENA como psicólogo. Respecto del traslado a Protección recuerda que para 1996 llegaron asesores de dicho fondo al SENA donde invitaron a varios funcionarios a conocer los servicios prestados. Que en la reunión desarrollaron temas para convencerlos, los cuales tenían que ver con el traslado del Seguro indicando que el ISS se iba a liquidar o acabar,

lo que hoy es Colpensiones, por lo que tenían un riesgo de perder las cotizaciones que habían hecho hasta ese entonces, que en cambio ellos garantizaban una mejor mesada por aquellos de los rendimientos y que de por vida tendrían una pensión. Que eso le generó convicción y por eso firmó el formulario de manera libre, como lo hicieron otros compañeros. Que tras dicha asesoría no le quedó duda, salió convencido. Que para el año 2018 empezó a prepararse para su jubilación y buscó asesoría de un abogado para que le hiciera una simulación pensional y ahí descubrió que la información entregada por Protección en el año 1996 fue completamente una falacia, únicamente lo querían convencer para trasladarse, pero NO correspondía a la realidad, que fue muy grande la diferencia, sucediendo lo contrario, la mesada más alta era de Colpensiones, lo que afectaría la calidad de vida en su vejez. Que por ello le tocó someterse a este escenario de audiencia. Que su traslado en 1996 estuvo motivado por los temas que se trataron, donde lo hicieron entrar en alerta, pero realmente no medio transparencia sino ficción, por lo que su consentimiento fue viciado. Que nunca se acercó al ISS a confirmar si la información que le entregó Protección era cierta, porque la asesoría fue convincente. Que tampoco se ha acercado a las diferentes líneas de atención para esclarecer dudas sobre su futuro pensional. Que a sus 52 años NO recibió ninguna re-asesoría o re-orientación. Que la entidad siempre tuvo su correo electrónico, dado que siempre ha sido el mismo. Que hasta el 2019 tenía en la cuenta de ahorro individual alrededor de \$183.000.000 y con la simulación que hizo su apoderado, percibiría de Colpensiones una mesada de \$1.900.000 y en Protección S.A. \$1.100.000. Que no sabe cuántas semanas cotizadas tiene. Que por lo que ha leído requiere 1.300 semanas para pensionarse, cree que podría acumularlas con su tiempo de trabajo.

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

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

algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

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

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

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

Bajo este contexto, de acuerdo a los razonamientos que preceden, NO es dable acoger la postura de Colpensiones plasmada en el recurso de alzada y reiterada en los alegatos presentados en esta instancia, pues aunque ciertamente el demandante sobrepasa los 52 años para efectos de solicitar su retorno a prima media, lo que aquí se examina es un asunto totalmente disímil, en donde ante la no acreditación del cumplimiento del deber de información, se declara ineficaz el traslado, y como nunca existió se acude a una especie de ficción legal entendiéndose que la persona permaneció en el régimen anterior sin solución de continuidad, en los términos del literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de ese mismo estatuto.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la a quo, toda vez ordenó a Protección devolver todos los aportes realizados, incluyendo los tres conceptos aludidos.

Recordemos 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.

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

Mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

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

Así las cosas, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente ADICIONAR el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Protección S.A., teniendo en cuenta como

índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

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 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga), SL3207-2020 y SL1688-2019 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

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, Protección deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso y se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada uno y a favor del demandante.

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.*

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JAIME LUIS SALGADO VERGARA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 9.309.355 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**.


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

TERCERO: costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada entidad y a favor del demandante.


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

(Firmas escaneadas)

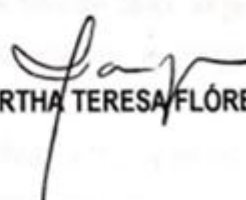
Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ 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:	JAIME LUIS SALGADO VERGARA
Demandado:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-020-2019-00220-01.
Tema:	ineficacia
Decisión:	CONFIRMA y ADICIONA
Fecha de la sentencia:	24/06/2022

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/100> 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 27/06/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario