

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLADYS HEYDI ZEA RESTREPO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-015-2021-00396-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DEMANDANTE
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen – Reasesoría y Actos de Relacionamiento
DECISIÓN	REVOCA

SENTENCIA No.242

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°057 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la **DEMANDANTE**, respecto de la Sentencia No. 183 del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS HEYDI ZEA RESTREPO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, y se ordene su regreso automático al primero. **2)** Que, consecuentemente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, comisiones con sus respectivos frutos e intereses, y rendimientos. **3)** Así mismo, deprecó se ordene a **COLPENSIONES** aceptar su regreso automático.

Fundamentó sus pedimentos en que, se afilió en materia de pensiones al ISS el 7 de julio de 1994, entidad en la que cotizó hasta junio de 1995, puesto que, en el mes siguiente, un asesor de **PROTECCIÓN S.A.** visitó la empresa donde laboraba, a fin de explicar los supuestos beneficios que significaba el traslado de régimen pensional, reunión en la que terminó solicitando la vinculación a dicha AFP. No obstante, expuso que esa decisión estuvo motivada en engaños y falsas informaciones, como, por ejemplo, que el ISS entraría en quiebra, e

incurriría en cesación de pago de pensiones, lo cual no ocurriría en el fondo privado por estar vigilado por la Superintendencia Financiera.

Así mismo, expuso que le fue indicado que podía pensionarse en el momento que quisiera, pero sin explicar las implicaciones de ello, así como lo relacionado con su bono pensional, al paso que le aseguraron que su mesada en el RAIS siempre sería superior en comparación con la pagadera en el RPMPD, ello en virtud de los rendimientos generados a raíz de las inversiones realizadas.

Así mismo, expuso que la entidad de pensiones privada no le realizó reasesoría, ni proyecciones comparativas, transgrediendo con ello lo previsto en el Decreto 663 de 1993 y Decreto 1161 de 1993. Que, precisamente, el 2 de junio de 2021 solicitó a **PROTECCIÓN** el cálculo de lo que sería su mesada, oportunidad en la que quedó dicho que en el RAIS alcanzaría la suma de \$2.129.596, mientras que en el RPMPD tan solo de \$1.633.097; sin embargo, en referencia a este último valor, expuso que al realizar la liquidación conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, su pensión llegaría a \$3.619.241, lo cual la llevó a solicitar a **COLPENSIONES** la anulación de su traslado al RAIS, pedimento negado en comunicado el 14 de julio de 2021 (f. 4 a 21 Archivo 01 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado precedido de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE* (...)” (f. 3 a 38 Archivo 06 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, tras considerar que no está demostrada la existencia de vicio del consentimiento, y mucho menos el menoscabo a los derechos fundamentales al momento de su traslado, máxime que esta entidad no intervino en aquella decisión, lo que la llevó a proponer como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS; PRESCRIPCIÓN; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS; IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 29 Archivo 10 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 183 del 30 de noviembre de 2021, declaró que la afiliación de la señora **GLADYS HEYDI ZEA RESTREPO** a **PROTECCIÓN S.A.**, es válida y eficaz, y, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDANTE** apeló la decisión argumentando que no le asiste razón a la Juez de primer grado al basar su decisión en la reasesoría que la AFP brindó a su representada en el año 2014, pues pese a aportarse el formato de esta, no contiene las proyecciones necesarias para que tenga plena validez, conforme quedó evidenciado en el interrogatorio de parte, donde quedó claro que, incluso en esa oportunidad se le dijo que la mesada pensional en el RAIS sería superior a la que recibiría en **COLPENSIONES**, cuestión que por comentarios de terceros pudo saber que no era así, e incluso por el mismo fondo en el año 2021, y al evidenciar que la entidad continuó informándola de manera equivocada, no puede tenerse como válida esa reasesoría, en tanto no le fue explicado con claridad los beneficios y defectos de cada uno de los regímenes pensionales, pese a ser deber del fondo privado, lo que conlleva a que una persona continúe de manera equivocada en el lugar que menos le conviene.

Que, con base en lo dicho, es claro que **PROTECCIÓN** no cumplió la carga probatoria de demostrar el cumplimiento del deber de asesoría y de buen consejo, ni siquiera con la reasesoría, la cual consistió simplemente en mostrarle cálculos no ajustados a la realidad salarial de la demandante para ese momento, centrándose únicamente en los aportes y no en los requisitos para pensión, omitiendo otra información relevante como la pormenorizada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en Sentencias como la SL1688-2019, en la cual, además se dijo que el deber de asesoría debía ser oportuno y no posterior, y de no ser así, la información pierde su utilidad, añadiendo que la reasesoría no subsana dicho incumplimiento.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado judicial de la **DEMANDANTE** insiste en la revocatoria de la sentencia de primera instancia reiterando que las pruebas en las que se fundó la decisión, estas son, el formulario de afiliación y de reasesoría no dan cuenta de que la AFP hubiere cumplido con el deber de información para con la demandada, en los términos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con lo señalado en las Sentencias SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL373-2021 (Archivo 05 ED Tribunal).

Por su parte, la mandataria de **COLPENSIONES** argumentó que, además de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, la carga probatoria no debe recaer solamente en los fondos privados de pensiones, como quiera que la afiliación al RAIS contó con la voluntad de este y del afiliado, por lo que no resulta procedente que después de una actitud pasiva, y con el derecho adquirido, pretenda cambiarse de régimen, pese a haber contado con múltiples herramientas para ello, evidenciándose conductas como el cambio entre fondos del RAIS, realizar aportes, permanecer en el fondo privado y esperar a pensionarse en este.

Finalmente, alegó que, de concluirse en la declaratoria de ineficacia, se ordene a las entidades del RAIS que la devolución comprenda la totalidad de los aportes realizados por la actora, incluyendo rendimientos y lo descontado por el fondo de garantía mínima, seguro previsional, y los gastos de administración (Archivo 06 ED Tribunal).

## PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS, según las pruebas recaudadas, o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

### CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **GLADYS HEYDI ZEA RESTREPO** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1994 y 1996 (f. 88 a 89 Archivo 01 ED).
- (ii) Que el 6 de junio de 1995 la actora se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** administradora a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 48 a 65 Archivo 06 ED).
- (iii) Que el 27 de marzo de 2014 la señora **ZEA RESTREPO** recibió reasesoría por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (f. 47 Archivo 06 ED).
- (iv) Que el 13 de julio de 2021 la actora solicitó a **COLPENSIONES** la anulación o ineficacia de su traslado al RAIS, petición negada por esta entidad en comunicado del día siguiente (f. 84 a 87 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que*

acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, impone 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»**.(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito, por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, atendiendo su condición de gestores profesionales del sector financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean

ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

De acuerdo con lo anterior, para la Juez de primer grado no hubo lugar a declarar la ineficacia del traslado solicitada, en razón a que, en su criterio, si bien **PROTECCIÓN S.A.** no acreditó el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de la demandante, subsanó dicha falencia con la reasesoría brindada a aquella en 2014, diligencia de la cual expuso, fue extensa, según lo contrastado por la actora en su interrogatorio de parte, mostrándosele una serie de proyecciones pensionales en ambos regímenes, y suscribiendo el formulario respectivo, con la anotación por parte de la actora de su voluntad de quedarse en el RAIS, lo que sumado al hecho de tener aportes voluntarios, daba a entender, según dijo, que la afiliada tenía noción de cómo funcionaba el sistema, aspectos por los que aseguró, no era viable aplicar la Jurisprudencia cuando precisa que la reasesoría no podía enmendar la falta al deber de información.

A lo decidido se opuso la parte actora, quien en síntesis, dentro de su alzada arguyó, primero, que la absolución no podía basarse simplemente en el formulario de reasesoría, toda vez que no contiene las proyecciones pensionales enunciadas, a fin de que pueda tenerse como válida, puesto que, en el interrogatorio de parte la actora puso de presente que siempre se le dijo que la mesada pensional sería superior en el RAIS, cuestión que más adelante pudo corroborar que no era así, manteniéndose su afiliación bajo premisas equivocadas. En ese sentido, precisó que la AFP no demostró el deber de información, ni siquiera con la “dichosa” reasesoría, citando el precedente jurisprudencial al respecto.

Puestas las cosas de ese modo, de entrada, anota la Sala, no se comparte la conclusión que llevó a una decisión absolutoria en sede de primer grado, por las razones que pasa a exponer.

Lo anterior, como quiera que, basados en la cauda probatoria, lo primero a relieves es que, del certificado SIAFP de Asofondos donde se observa el traslado de régimen efectuado por la demandante a **PROTECCIÓN S.A.** (f. 47 Archivo 06 ED), no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

De igual modo, reexaminado el interrogatorio practicado a la demandante (Min. 17:45 a 56:05 Archivo 17 ED), encuentra la Sala que en dicha oportunidad aquella manifestó haberse vinculado al ISS por ser una entidad sólida que daba seguridad en torno a la salud y la vejez. Que después comenzó un rumor acerca de que este iba a cerrarse, y a la empresa en la que laboraba (Coltabaco), acudieron funcionarios de **PROTECCIÓN**, a los que se acercaban a validar que debían firmar para pasarse, recibiendo asesoría grupal en la que se habló de aportes voluntarios, administración de aportes, entendiendo que se pasaba de régimen; sin embargo, relieves que se sintió engañada desde la proyección de lo que resultaría como mesada pensional, haciendo alusión a la reasesoría efectuada en el año 2014, momento en el que dijo, le hicieron varios cálculos y siempre arrojaba una mayor mesada en el RAIS. Seguidamente, expuso que solo tuvo esa visita por cuenta de pensiones obligatorias, ya que tuvo actualizaciones de datos en otros temas, como pensiones voluntarias.

Que no conocía todos los aspectos del régimen, y que el resultado de las proyecciones realizadas lo mostraron en un computador, añadiendo que el punto principal para trasladarse lo fue la posibilidad de pensionarse antes, pero que años atrás encontró que, en realidad, la pensión más favorable sería en **COLPENSIONES**, por lo que comenzó a indagar más sobre

el tema, enviando derecho de petición a la AFP, quien mantuvo su postura en cuanto a que la pensión sería más alta en el RAIS. Que si bien le dijeron que había una fecha límite para cambiarse de régimen, estuvo en su momento convencida de la proyección que le fue realizada.

De la probanza remembrada, en contravía de lo considerado por el *A quo*, para la Sala lo dicho por la demandante no logra desvirtuar la carencia informativa esbozada desde la demanda, ya que, en su mayoría, las afirmaciones de la actora no pueden considerarse como confesión en los términos del artículo 191 CGP, pues, si se detiene a revisar una a una sus respuestas, puede extraerse que, lejos de enrostrar que en realidad recibió la información en las condiciones anotadas, realmente nada se dice acerca de los pormenores de la asesoría al momento del traslado de régimen, pues simplemente expuso haber sido objeto de reasesoría en el año 2014, acto en el que, principalmente, le fueron expuestos varios cálculos los cuales echa de menos el proceso, a efectos de constatar en qué clase de datos se basó, lo que en modo alguno puede sostenerse como prueba del cumplimiento del deber de información, y mucho menos tomar como punto de referencia el tiempo en que duró aquella diligencia, punto al que parece darle prelación la Juez de primer grado, en tanto no es posible constatar la provisión de otros datos relevantes y suficientes, de cara al funcionamiento de los regímenes pensionales, de donde pudiera derivarse un consentimiento meridianamente informado (Art. 97 Decreto 663 de 1993).

Así mismo, erró la Juzgadora al considerar que, además de la reasesoría y los aportes voluntarios realizados por la demandante, podía asumirse que tenía noción de cómo operaba el RAIS, por cuanto, en honor a la verdad, se desconoce realmente la clase de información brindada, así como la profundidad de esta, para llegar a considerar que efectivamente era conocedora de las circunstancias a partir de las cuales, podía discernir sobre cuál era la mejor opción del mercado en pro de sus expectativas pensionales, pues la realidad era que, más allá de los resultados enrostrados en los cálculos pensionales realizados, el motivante que dijo tener la actora en el RAIS, era el hecho de poder pensionarse anticipadamente, aspecto sobre el cual no quedó claro cuál fue la asesoría brindada.

Bajo esa idea, no pierde de vista la Sala que, en efecto, la citada reasesoría fue agotada, supuesto aceptado por la misma señora **ZEA RESTREPO**, en donde le insinuaron a raíz de ciertos cálculos que la mesada sería superior en el fondo privado, pero lo cierto es que no puede tomarse dicha manifestación de manera aislada, pues al contrastarla con el formulario de esta diligencia (f. 47 Archivo 06 ED), además de desconocerse el sustento de esta premisa, no hay rastro que dé cuenta acerca de cuál fue la información brindada a la demandante que permitiera tenerla por ilustrada de manera suficiente, así como las consecuencias de no trasladarse en tiempo, cuestiones todas que dejan sin piso la suficiencia de la información en este escenario, además porque, contrario a lo argüido por la Juez de primer grado, este hecho no tiene la entidad para resanar las falencias evidenciadas desde el traslado de régimen, debiendo recordarse que **el cumplimiento del deber de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.**

Así lo recabó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en Sentencia SL2908-2022 al considerar que:

*“(…) Ahora, en torno a la existencia de asistencias, como aquellas de las que da cuenta el formato denominado «histórico de asesorías realizada al afiliado» (f.º 115, ibidem) o «la proyección de la pensión en el régimen de ahorro individual [confrontada con] la del régimen de prima media», del 30 de octubre de 2009 (f.º 150, ib), huelga recordar, que la Corte en las sentencias CSJ SL5595-2021; CSJ SL5252-2021; CSJ SL1017-2022 y CSJ SL843-2022, connotó que «[...] el deber de información también resulta exigible y predicable [en esos]*

*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».*

**Lo dicho, con la precisión de que el cabal cumplimiento de esa obligación, «[...] se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad», pues, al tenor de lo apuntado en la sentencia CSJ SL1688-2019, «[...] un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad», porque de lo contrario, al perder su conveniencia, «ello equivale a la ausencia de información». (...)».** (Subraya y Negrilla de la Sala).

De otro lado, en la misma decisión, el Alto Tribunal reiteró que, incluso, la desidia de la parte a informarse sobre los regímenes pensionales, o sus condiciones personales y profesionales no convalidan el acto de traslado desinformado, argumentando que: **“(...) Allende a que, como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos (...)”.** (Subraya y Negrilla de la Sala).

A tono con lo expuesto, en contraste con lo dicho por el A quo en relación, por ejemplo con la realización de aportes voluntarios, es preciso anotar que en Sentencia SL3031-2022, el Alto Tribunal consideró que: *“(...) el hecho de que la actora haya incrementado sustancialmente el ingreso base de liquidación o haya realizado aportes voluntarios con el fin de lograr reunir el capital necesario para acceder a la pensión en el RAIS, ello no significa que la AFP Colfondos S. A. le haya suministrado la información que requería para el momento en que se cambió de régimen, esto es, para el año 2000, toda vez que de ese hecho no se puede establecer que conociera de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales para que hubiese podido tomar una decisión suficientemente informada. (...)”*, lo que derruye la intelección dada en sede de primer grado a la existencia de tales aportes, pues simplemente estos no denotan el cabal cumplimiento al deber de información con las exigencias descritas a lo largo de esta providencia.

Y es que la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la



mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a la afiliada la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, **el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, según quedó dicho atrás, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en la revocatoria de la sentencia de primer instancia, y disponer el restablecimiento de la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

Lo anterior, en secuencia de concluido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, cuando, por ejemplo, en Sentencia SL1019-2022 describió los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

*“(…) i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.*

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

*iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones. (…)*”.

Nótese entonces que, en la medida que la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por el afiliado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer el afiliado, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep.2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que la AFP no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD para una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, de ahí que deba recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la 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 deberán ser asumidos debidamente indexados por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no son otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este, y que incluso al tenor de las previsiones sobre las restituciones mutuas, es este un rubro que claramente debe reintegrarse junto con los aportes de la afiliada.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por las AFP demandadas, pues pese a lo señalado por la apoderada **PORVENIR S.A.** en sus alegaciones, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las

exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por las administradoras del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En este orden de ideas, le asiste razón al apelante en cuanto a la procedencia de la ineficacia del traslado propuesta, así como las consecuencias económicas que para estos asuntos ha trazado la Jurisprudencia. Por consiguiente, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar:

- Declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora **GLADYS HEIDY ZEA RESTREPO** desde el RPMPD al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, debe entenderse que se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida a través de **COLPENSIONES**, entendiendo que su continuidad se mantuvo.
- Condenar a **PROTECCIÓN S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales; y que asuma con cargo a sus propios recursos lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas.
- En concordancia con lo anterior, se ordenará a **COLPENSIONES** que reciba de **PROTECCIÓN** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra; y que se refleje en la historia laboral de la demandante el periodo durante el que permaneció afiliada al RAIS.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad, atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará la decisión de primera instancia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de ambas instancias a cargo de la demandada **PROTECCIÓN**, incluyendo como agencias de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

No procede condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, dado que su convocatoria a esta litis operó en razón de su condición de única administradora del régimen de prima media, obligada a recibir al accionante de cara a la prosperidad de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS, y en segunda instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**REVOCAR** la Sentencia No. 183 del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar:

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **GLADYS HEIDY ZEA RESTREPO** desde el RPMPD al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, debe entenderse que se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida a través de **COLPENSIONES**, entendiendo que su continuidad se mantuvo.

**SEGUNDO: CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales; y que asuma con cargo a sus propios recursos lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas.

**TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba de **PROTECCIÓN** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra; y que se refleje en la historia laboral de la demandante, todo el periodo de vinculación al RAIS.

**CUARTO:** Las **COSTAS** de ambas instancias están a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** incluyendo como agencias de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA  
Magistrada

  
VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO  
Magistrado

  
SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE  
Magistrada