



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno

S20-040

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN.
Demandante: **MARÍA INÉS JARAMILLO CEBALLOS**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-016-2018-00405-01.
Tema: ineficacia
Decisión: **CONFIRMA y ACLARA**

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 Colpensiones dentro del proceso de la referencia.

Conforme el contenido de los memoriales que anteceden, se reconoce personería a la Dra. ANGELA MARIA SIERRA ALVANES identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.017.160.002 y T.P. No. 232.841 del C.S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgada por la Dra. Victoria Angélica Folleco Eraso, apoderada de la firma RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 22** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA**, o subsidiariamente la nulidad del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de

continuidad, ordenándose a Protección S.A. retornar los aportes efectuados en dicha entidad con sus respectivos *rendimientos financieros y con equivalencia en semanas para validez de tiempos cotizados*.

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

- ✓ Que nació el 10 de septiembre de 1963.
- ✓ Que el 22 de septiembre de 1987 se afilió al régimen de prima media.
- ✓ Que el 8 de julio de 1994 se trasladó a Protección S.A. Reseña la información suministrada por el asesor y los aspectos que nunca les explicaron.
- ✓ Que un día antes de cumplir los 47 años recibió una re-asesoría donde le indicaron que económicamente le era más conveniente permanecer en el RAIS.
- ✓ Que actualmente su futuro pensional es incierto dado que de permanecer en el RAIS se afectaría enormemente su calidad de vida, pues la mesada sería ostensiblemente inferior a la que podría obtener en el régimen de prima media.
- ✓ Que Colpensiones le negó la solicitud de traslado indicando que le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aduciendo que NO le constaba ninguno de los hechos y añadió que la actora manifestó libremente su voluntad de trasladarse por lo que todas las pretensiones debían ser rechazadas. Aclaró que en nunca tuvo una actuación omisiva o contraria a derecho.

Por su parte PROTECCIÓN S.A., en síntesis, señaló que brindó a la demandante una asesoría integral y completa sin omitir información, la cual fue objetiva y clara sobre las características del RAIS así como los rasgos diferenciadores con el régimen de prima media a través de charlas brindadas por trabajadores capacitados y con suficientes conocimientos sobre el sistema. En

dichos términos califica el traslado como un acto libre de engaño, sin presión alguna y sin configurarse algún tipo de vicio en el consentimiento. También aclara que realizó una re-asesoría el 9 de septiembre de 2010, época para la cual no existía la obligación legal de hacerlo, la que en todo caso brindó con base en la información que para ese momento se encontraba vigente, reglas que posteriormente fueron modificadas sustancialmente, generando variaciones en las proyecciones pensionales.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 4 de febrero de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad, ordenando reactivar su afiliación. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación incluyendo las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pudiera retener los gastos administrativos, ni los aportes de solidaridad, ni ningún concepto que hubiese recibido con ocasión de una afiliación que no produjo efectos.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y Protección S.A. interpusieron y sustentaron 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 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, aclarando además que se apartaba de la tesis según la cual en este tipo de casos se invertía carga de la prueba, pues lo que realmente ocurría era que existían una serie de negaciones indefinidas, por lo que a

quien le correspondía acreditar era a la contraparte, sin que el consentimiento vertido en formulario fuese suficiente para considerarlo informado. Advierte que como la jurisprudencia buscaba unificar, es decir, que las decisiones fueran homogéneas, iguales para todos, independientemente de que esta fuera la manera más adecuada o no de abordar el asunto, se acoplaba al criterio jurisprudencial en torno a la forma de valorar la prueba documental, donde prácticamente cualquier afiliación al RAIS podría predicarse ineficaz, toda vez que generalmente no mediaba una confesión del demandante y no había más medios que analizar.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. PRESENTADO POR COLPENSIONES

Adujo que se apartaba de la decisión del despacho por cuanto NO podía trasladarse a Colpensiones las consecuencias negativas del incumplimiento del deber de información por parte del fondo privado, sin que fuera suficiente el traslado del capital, de los rendimientos, de los gastos de administración, de los cuales se había lucrado por décadas el régimen de ahorro individual, sino que debía analizarse el caso a través de la figura de la subrogación pensional contenida en el art. 133 de la Ley 100, a partir del cual se permitía precisamente la intercambiabilidad de una pensión de vejez de una persona, obligando a liquidar y pagar a otra, que no siendo obligada la asumía por orden judicial, contractual o legal, lo que debería suceder en los casos en que procedía la declaratoria de ineficacia, sancionando a la AFP e imponiéndole, a través de la figura de subrogación pensional, el pago de la prestación económica de la pensión de vejez bajo las condiciones del régimen de prima media, a partir de lo cual se entendería resarcido el perjuicio causado por el incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

Centró su descontento en el retorno de los gastos de administración y el seguro previsional. Advierte que la comisión es un costo que se cobra por administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, descontándose un porcentaje del que también se deducía el pago a la compañía de seguros, descuentos legales y debidamente autorizados por la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, los que operaban tanto para el RAIS como para el Régimen de Prima Media. Que durante todo el tiempo en que la actora ha estado afiliada al fondo privado, éste administró los dineros depositados en la cuenta

de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado posible, dado que es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos propiedad de los afiliados; que adicionalmente, dicha gestión se veía evidenciada en los rendimientos financieros generados en la cuenta, observables en el movimiento adjunto con la contestación.

Que de confirmarse la decisión, sólo debía condenársele a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos generados por su buena gestión, absteniéndose de hacerlo respecto de lo descontado para efectuar la administración y pagar el seguro previsional, dado que se trataba de comisiones ya causadas durante el tiempo que manejó los dineros de la cuenta, conforme a la ley y como contraprestación de una buena administración como era legalmente permitido a cualquier entidad financiera, aunado a que parte de este dinero fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, tercero de buena fe.

Que así mismo, del contexto de las normas, se infería que la prestación a cargo de las aseguradoras en el RAIS constituía un componente en el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia en la medida en que se concretaba el pago de la suma adicional requerida para completar el capital llamado a financiar la prestación, por lo que el fondo, mes a mes, del aporte efectuaba un descuento para pagar dicho seguro previsional y sobre el IBC.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PARTE DEMANDANTE

Tras reseñar lo acontecido en el proceso y recalcar que no se había presentado confesión en el interrogatorio absuelto por la demandante, solicita que se confirme la decisión adoptada en primera instancia en los siguientes términos:

MOTIVOS PARA CONFIRMAR LA SENTENCIA DE (sic) PRIMERA INSTANCIA.

Se considera acertada la interpretación normativa y jurisprudencia aplicada al caso que nos convoca.

En trámite del proceso quedó probada la falta de información veraz, clara y oportuna por parte de las diferentes AFP en las que estuvo vinculada la demandante cuando realizó el traslado de Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual y con posterioridad a dicho traslado, tal situación fue avizorada por el A quo y consolidada en la sentencia.

La actividad realizada por las Administradoras de Fondos de Pensiones tiene regulación estricta en cuanto a la información que deben suministrar a los usuarios, la misma no puede ser parcializada, a medias presentando únicamente un listado de beneficios, por el contrario, la misma debe ser dispuesta con la mayor transparencia claridad y veracidad para que a través de un juicio claro y objetivo el usuario o potencial afiliado tome la mejor decisión.

Tales regulaciones se encuentran desde el Estatuto Orgánico Financiero, la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios, por lo que no puede entonces ampararse la AFP en

una asesoría meramente formal en la que no fueron analizados el caso particular de la demandante.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha generado línea jurisprudencial en sentencias con radicación 31.989 y 31.314 de 2008, 33.083 de 2011, 46.292 de 2014, 55.055 de 2015, 47.125 y 49.192 de 2017, indicando las pautas o reglas con las que se debe analizar la asesoría a cargo de las AFP.

En sentencia radicado 33083 de 2011 expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, se indicó entre otros lo siguiente: “Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares”

En el proceso que nos convoca quedó probada entonces la falta de información en los términos legales y jurisprudenciales exigidos a la AFP para la vinculación de la señora María Inés Jaramillo, situación que llevó al juzgador de instancia a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual realizada con la AFP Protección S.A.

2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Solicita que no se acoja la sentencia proferida por el juzgado resaltando que la señora María Inés Jaramillo Ceballos en la actualidad contaba con 57 años de edad, toda vez que nació el 1 de septiembre de 1963, por lo que no le era dable retornar al régimen de prima media teniendo en cuenta lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a la pretensión de declarar la nulidad o ineficacia del traslado y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, aduce que debe tenerse presente lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se demarcó el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

En este orden de ideas considera que la declaración injustificada de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, conforme lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010, cuyos apartes cita, principio que a su juicio representaba la garantía de acceso a dicho derecho de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encontraba afectada dada la inexistencia de equivalencia entre los valores

recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

De otro lado, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado, consideró que era dable valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Que en caso de concederse las pretensiones, debía tenerse en cuenta que como administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora María Inés Jaramillo Ceballos y la AFP PROTECCION S.A., por lo que no debía imponérsele condena alguna y por el contrario se le debía entregar el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta der ahorro individual de la actora tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en el recurso de alzada, el debate se circunscribiría a establecer si es dable ordenar la subrogación pensional pretendida como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y a título de resarcimiento de un perjuicio causado por el incumplimiento del deber de información, determinándose además qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

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 a la entidad, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante de Colpensiones.

Por ello 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.

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.º 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.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 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 de traslado al RAIS, concretamente 6 de julio de 1994 cuando suscribió el formulario para vincularse a Protección S.A. (fl. 19), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era conocimiento que tenía la accionante respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por el relato e algunos beneficios, pero sin mediar explicación de cómo podría acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora MARÍA INÉS JARAMILLO CEBALOS en el aludido interrogatorio expuso que es comunicadora social y trabaja como asesora comercial. Recuerda que se trasladó a Protección en 1994 cuando laboraba en una sucursal de una empresa, la cual le correspondía dirigir, siendo visitados por un representante de dicho fondo, los reunió a todos en la oficina y les vendió una oferta que había salido al mercado donde les garantizó que los ahorros a pensión estarían más seguros que en el ISS, la que para ese momento no gozaba de

buena reputación. Que el abanico de ofertas fue muy interesante, como pensionarse en el momento en que quisieran, con un valor digno, que podían retirar los ahorros si no deseaba pensionarse o acceder a dicha prestación en el momento en que quisiera, eran garantías, les hizo un comparativo con el seguro enfatizando que esa era una entidad corrupta. Que bajo la inexperiencia y teniendo en cuenta el respaldo y lo del Sindicato Antioqueño, *a ojo cerrado se dejó tentar del producto*. Que asistieron 5 personas, que la reunión fue corta y no profunda hablándoles aproximadamente 20 minutos, sacó los formularios e inmediatamente firmaron. Se motivó por ese gran paquete de opciones y la seguridad brindada para ese momento. Que en el 2010, faltando un día para cumplir 47 años, Protección la llamó para decirle que debía tomar la decisión de quedarse, oportunidad donde la asesora le dijo que indudablemente por su edad y condiciones (madre soltera de dos hijos y sin empleo) debía permanecer en Protección para alcanzar una buena pensión y así lo hizo. Que para 1994 no fue coaccionada a firmar el formulario, pero frente a las pocas inquietudes que formularon, siente que todo el tiempo les garantizaron un producto muy diferente, por eso dice que más que una asesoría fue la venta de un portafolio con el que Protección salió a la calle ofreciendo sus servicios. Que sí le hablaron del bono, era el paso del dinero aportado a Protección, que haría parte del ahorro. Que nunca se acercó al ISS a verificar la información suministrada por el fondo privado precisamente por la credibilidad de tal entidad y sus filiales. Que a hoy siente que el portafolio ofrecido fue engañoso. Que desde el 2018 comenzó con inquietudes cuando personas cercanas y familiares la alarmaron por pertenecer a ese fondo, comenzó a indagar y entender que estaba pasando. Quiere retornar para garantizar una pensión digna para su vida y vejez fruto de todo el trabajo y esfuerzo realizado, que le permita vivir con salud y bienestar.

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 la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En tal contexto, en gracia de discusión, si bien lo indicado por la 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 anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema.

Ahora, sabido es que para el momento del traslado NO existían herramientas financieras consolidadas para realizar algún tipo de cálculo certero, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, aunado a las múltiples variables que incidían en una eventual proyección en el RAIS. Y es que 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 el monto de la mesada dependía de un capital ahorrado; incluso la posibilidad de acceder a una pensión superior, en contraste con la ofrecida por el régimen de prima media, fue uno de los beneficios que motivaron el traslado de la actora, pero, se insiste, sin explicarle como podría acceder a tal prebenda, o por lo menos ello no se acreditó.

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 echa de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante cuando ni siquiera se le explicó las ventajas y desventajas de cada régimen.

Es este pues el estado del arte, por denominarlo de alguna manera, de la forma en cómo se aborda el análisis de aquellos casos donde se pretende la declaratoria de ineficacia; empero, a través del recurso de alzada, Colpensiones solicita, en otras palabras, que nos separemos del claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre, y acojamos su postura según la cual, ante la demostración del incumplimiento del deber de información, debe ordenarse una subrogación pensional a título de restablecimiento de perjuicios, tesis que no encontrará eco en esta instancia por las razones que sucintamente se pasan a enlistar, así:

- ✓ Esta Magistratura, conforme lo antes expuesto, comparte los planteamientos que en esta materia ha realizado la Sala de Casación Laboral, según la cual la declaratoria de ineficacia implica privar de efectos aquel acto de traslado al RAIS, por lo que consecuentemente el afiliado debe retornar al régimen de prima media, siendo la administradora del mismo, y no otro, la encargada de reconocer las prestaciones económicas que se causen.
- ✓ El art. 133 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

Sin margen de duda, ninguno de los supuestos fácticos que consagra dicha preceptiva se configura en este caso (no hay una omisión del empleador, no hay despido sin justa causa, etc), mucho menos consagra como consecuencia jurídica la que predica la recurrente.

- ✓ En parte alguna, se acreditó que la administradora del RAIS hubiese brindado una errada información a la actora al momento de afiliarse, tampoco se ha demostrado la existencia de un perjuicio, mucho menos que el mismo está ligado a tal actuar, es decir, ese nexo de causalidad. Y es que la ineficacia aquí declarada, no deviene de tal hecho, es decir, del actuar negligente de la entidad, ni de que se hubiese configurado un error de hecho en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa como vicio en el consentimiento, sino por el contrario, tal ineficacia nace de la omisión de la AFP en cuanto a no cumplir la carga de la prueba que el precedente judicial ha radicado en cabeza suya, de que el fondo no demostrara la calidad de la asesoría que en su momento brindó a la demandante, o en palabras del a quo, la carga de la prueba que se le endilga dado las negaciones indefinidas plasmadas en el líbelo genitor.

Así las cosas, si se desconocen los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que se alega, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que la accionante decidió trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por aquella en el interrogatorio absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho.

En conclusión, si ni siquiera se acreditó un perjuicio, NO puede hablarse de resarcimiento del mismo, mucho menos bajo la figura de la subrogación pensional respecto de una prestación económica, cuya causación se desconoce pues ni siquiera comportó objeto de las pretensiones.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la denominada RE-ASESORÍA de la que fue objeto la demandante el 9 de septiembre de 2010 (fl.20), pues al margen de su veracidad, la información suministrada por el fondo sobre el monto de la mesada en cada régimen, según la cual le convenía quedarse en el RAIS, ad portas del cumplimiento de los 47 años, concretamente un día antes, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información al momento del traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque PROTECCION hubiese desmotivado 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.

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 actora, 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 ACLARARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien ordenó a Protección devolver todos los valores recibidos, citando algunos ejemplos, pero sin precisar qué tal devolución debe incluir los tres componentes de los gastos de administración.

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 el 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 el actor, 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 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.

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, aclarándola en el aspecto antes aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a Colpensiones y a Protección S.A. a favor de la accionante, por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$908.526 a cargo de cada entidad.

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 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARÍA INÉS JARAMILLO CEBALLOS** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.879.389 contra **PROTECCION S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **ACLARA** el numeral tercero del fallo bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante desde el cambio de régimen**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, manteniendo el plazo concedido por el a quo.

TERCERO: costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A. a favor de la actora. Se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526 a cargo de cada entidad.

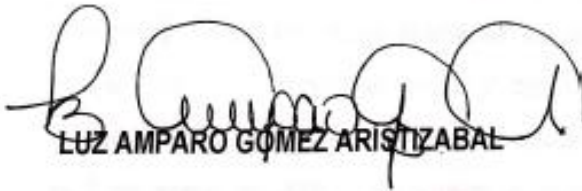
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Auto AL2550-2021.

(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: **MARÍA INÉS JARAMILLO CEBALLOS**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-016-2018-00405-01.
Decisión: **CONFIRMA y ACLARA**
Fecha de la sentencia: **27/07/2021**

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 28/07/2021 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario