

TEMA: INEFICACIA TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN - 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. / **BONO PENSIONAL** /

HECHOS: El Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, tras declarar la ineficacia del traslado a Protección S.A. y que el demandante se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, las sumas del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados; sin embargo, absolvió a Protección S.A. de las restantes pretensiones incoadas en su contra, pero la condenó en costas. 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 las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral. Dentro del término concedido por la ley, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, razón por la cual el expediente fue remitido a la Corporación para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones; por ende, corresponde a la Sala establecer si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará que haberes le corresponde retornar a Protección S.A.

TESIS: (...) 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. (...) 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. (...) 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 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 las 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. (...) En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación 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, respecto al bono pensional, se desconoce si tales recursos integran los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual del afiliado. No obstante, al declararse la ineficacia del traslado del RPM a RAIS, igual que sucede con los restantes conceptos que conforme el RAI, de encontrarse depositado en aquella cuenta, deben trasladarse dichos recursos a Colpensiones, ya que según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

M.P. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 05/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cinco (5) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

S23-350

Proceso: ordinario laboral- CONSULTA
Demandante: **LUIS GUILLERMO SANIN SOTO**
Demandados: **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-011-2022-00421-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA**

LINK: [05001310501120220042101](https://expediente.digita.gov.co/05001310501120220042101) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a conocer el proceso de la referencia en el grado jurisdiccional de consulta.

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 11** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que, tras la declaratoria de **INEFICACIA**, o subsidiariamente la nulidad, del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver de manera inmediata a **COLPENSIONES** todas las sumas de dineros, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración, seguros, reaseguros generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir los aportes trasladados, actualizando y corrigiendo la historia laboral. Por último, pretende que se condene a Protección S.A. a reconocer y pagar los perjuicios morales causados, los cuales estima en 200 SMLMV.

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

- ✓ Que nació el 1 de octubre de 1962 y actualmente tiene 60 años.
- ✓ Que a lo largo de su vida ha trabajado para diferentes entidades de derecho público y privado.
- ✓ Que desde 1983 cotizó al ISS.
- ✓ Que cuando comenzaron a funcionar los fondos privados hacían publicidad muy agresiva y en 1994 se afilió a Protección sin contar con la información y asesoría necesaria sobre los beneficios, las desventajas de dicho cambio de régimen, ni las características del RPMPD, ni el funcionamiento financiero, aunado a que se omitió efectuar el cálculo de la mesada pensional de los dos regímenes (continúa reseñando los aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que el día 18 de marzo del 2019 Protección realizó una proyección pensional según la cual a los 62 años y manteniendo la misma base de cotización, tendría 1746 semanas, un IBL de \$8.271.026, una tasa de remplazo del 72.51% y el valor de la mesada pensional sería de \$5.997.000. En cambio, bajo esos mismos parámetros, dicha prestación en el RAIS de descendería a \$4.798.218.
- ✓ Que por ello su consentimiento estuvo viciado por falta de información y asesoría.
- ✓ Que el 24 de mayo de 2021 presentó reclamación a ambas entidades solicitando la aceptación de la ineficacia, obteniendo un pronunciamiento negativo por parte de Colpensiones.
- ✓ Que la falsa expectativa creada por el asesor del fondo privado y la duda sobre el ingreso para subsistir luego de la vida laboral, le ha ocasionado un gran impacto emocional y angustioso al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido tener a él y a su núcleo familiar.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES manifestó que no se opondría a las pretensiones, si se llegaba a demostrar que afiliación a Protección S.A. estuvo viciada por error en el consentimiento. Admitió los hechos referentes a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al otrora ISS desde el 04/08/1983 hasta el 16/07/1985, acumulando un total de 44,86 semanas de cotización y el traslado al RAIS. Los demás no le constan. Añadió que en razón de la edad, no era procedente anular la afiliación, aunado a que el acto hoy atacado, fue realizado ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen.

Por su parte PROTECCIÓN S.A., en síntesis, negó el incumplimiento del deber de información, reseñando la explicación suministrada, atinente a las características de ambos regímenes. Añade que el 23 de julio de 2014, brindó una re-asesoría en la que, a pesar de las advertencias realizadas, manifestó su decisión libre y voluntaria de continuar afiliado en el RAIS, convalidando cualquier hipotético vicio.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, tras declarar la ineficacia del traslado a Protección S.A. y que el demandante se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, condenó a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los siguientes conceptos:

“(…) las sumas del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. Así mismo, si se hubiere pagado algún bono pensional a PROTECCIÓN, esta deberá devolverlo indexado a la oficina de bonos pensionales OBP del MINISTERIO DE HACIENDA para su respectiva cancelación y trámite correspondiente por parte de esa entidad.

Absolvió a PROTECCIÓN S.A. de las restantes pretensiones incoadas en su contra, pero la condenó en costas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.740.000.

Dentro del término concedido por la ley, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, razón por la cual el expediente fue remitido a esta corporación para surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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 las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

Por otra parte, en lo referente a los perjuicios pretendidos, negó su concesión al considerar que no se acreditó alguna afectación económica a la parte accionante.

2.2. ALEGATOS

El demandante solicita se confirme la decisión de cara a reglas sentadas por la jurisprudencia en las sentencias que referencia, recalcando que el fondo no cumplió con el deber legal, profesional y ético de brindar una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna.

Por su parte Colpensiones, advierte que NO participó en la celebración del contrato de vinculación. Que además el actor superaba la restricción de edad que establecía la ley para efectos de retornar al régimen de prima media. Igualmente realiza algunas consideraciones en torno a la carga dinámica de la prueba, para indicar que a su juicio debía radicar en cabeza del demandante. Posteriormente reseña las etapas y evolución del deber de información.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A., analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará que haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN S.A.

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

determinantemente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

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

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del

artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información 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.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 perjudicarle
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 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, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 15 de abril de 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación con PROTECCION S.A. (fl. 90 del archivo 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del Seguro Social, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración. Y de otro lado, la posibilidad de acceder algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podían materializarse.

Y es que expresamente el señor LUIS GUILLERMO SANIN SOTO en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero civil, tiene una maestría en planeación de infraestructura y que actualmente es gerente administrativo de la Fundación UNIVAN. Respecto del traslado a Protección adjugó que en 1994 fue abordado cuando trabajaba en SURAMERICANA, en medio de una campaña de afiliaciones al régimen privado, ofreciendo mejores condiciones en la pensión pero de manera cualitativa pues no hubo una proyección. Acepta que le informaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, que los dineros de la misma iban a generar rendimientos, que ese dinero podía ser heredable si le sobrevivía su esposa sí, que el monto de la mesada pensional dependía de lo que él tuviera en esa cuenta de ahorro individual, más los rendimientos y que si lo deseaba podía realizar aportes voluntarios. Que algunas veces ha recibido extractos financieros, que cuando le llegaban los leía, miraba como se iba comportando la rentabilidad frente a las tasas de mercado y cómo iba creciendo la cuenta de ahorro individual. Que previo a cumplir los 52 años, por orientaciones de personas cercanas ante los comparativos de proyecciones de cara a las promesas efectuadas, tomó la decisión de acercarse a Protección, y en esa oportunidad su decisión fue aplazar de traslado porque las diferencias no eran tan sustanciales y por eso no se trasladó. Hoy pretende retornar porque consultando la información nuevamente, y siendo testigo del proceso de su esposa, las

diferencias eran mucho mayores y eso le generó inquietud y la necesidad de buscar interponer la demanda. Que en esa campaña donde estuvo el asesor de Protección, no había otros fondos privados. Que NO se ha acercado a alguna oficina de Colpensiones a solicitar acerca de su situación pensional. Que conoce los requisitos para pensionarse en Colpensiones, 1300 semanas y 62 años. Que tuvo influencia en su decisión de traslado la información que estaba circulando en torno a que el ISS se iba a acabar. Que NO intentó retornar a Colpensiones en el año 2012.

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 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 las 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.

Ha de agregarse que ninguna incidencia tiene la denominada RE-ASESORÍA de la que fue objeto el demandante el 23 de julio de 2014 (fl. 120 del archivo 5 del expediente digital), pues al margen de su veracidad, la información suministrada por el fondo sobre el monto de la mesada (según la cual le convenía permanecer), a tres meses de cumplir 52 años, 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 al 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.

En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación 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.

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

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 el a quo, pues su orden abarcó los conceptos expuestos.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(...) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Dicho criterio fue reiterado en las sentencias SL4322-2022, SL554-2023 y SL1084-2023.

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

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

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

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

certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

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

BONO PENSIONAL

Para el caso objeto de estudio, se desconoce si tales recursos integran los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual del afiliado. NO obstante, al declararse la ineficacia del traslado del RPM a RAIS, igual que sucede con los restantes conceptos que conforme el RAI, de encontrarse depositado en aquella cuenta, deben trasladarse dichos recursos a Colpensiones, ya que según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, *los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Desde tal óptica, los trámites administrativos gestionados por la AFP ante la OBP, no supone la anulación del bono, ni la devolución de su valor a quien lo emitió para que nuevamente redima el mismo. Cosa diferente es que Colpensiones realice las diligencias que corresponda ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y, *si es del caso, devolverle a la O.B.P. el valor que corresponda.* Fue precisamente este el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL607-2023,

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.*

al inadmitir un recurso extraordinario de casación que precisamente instauró el mismo fondo aquí demandado y en donde se vinculó como litisconsorte necesario a LA NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES. (Véase también la CSJ AL3713-2021, reiterado en CSJ AL2298-2022, CSJ AL2915-2022 y CSJ AL607-2023, entre otros).

En consideración a ello, aspecto que aquí se analiza en el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, se rectifica la postura que antes adoptaba la Sala en cuanto se disponía la anulación del bono y su retorno a la OBP debidamente indexado, y en su lugar se **REVOCARÁ** aquel inciso del numeral tercero del fallo, para ajustar la orden al precedente vertical.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **modificándola** en el aspecto ante aludido.

Sin costas en esta instancia dado que el conocimiento de la Sala lo es en el grado jurisdiccional de consulta.

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 PARCIALMENTE la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **LUIS GUILLERMO SANIN SOTO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.558.534, contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

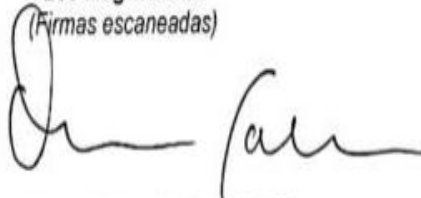
SEGUNDO: se **REVOCA** el inciso del numeral tercero de la sentencia que ordena la restitución del bono a la OBP, y en su lugar, de hallarse en la cuenta de ahorro individual del actor, se **ORDENA** a Colpensiones que realice las diligencias que corresponda ante el Ministerio de Hacienda y Crédito

Público con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y, si es del caso, devolverle el valor que corresponda.

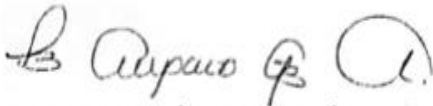
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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- CONSULTA
Demandante: **LUIS GUILLERMO SANIN SOTO**
Demandados: **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-011-2022-00421-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA**
Fecha de la sentencia: **05/04/2024**

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/162> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 08/04/2024 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario