

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado..." no solo a la multa sino que dice en forma expresa "... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

HECHOS: Solicita la demandante, que tras la declaratoria de INEFICACIA 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. la devolución inmediata a COLPENSIONES de todos los valores que recibió por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, comisiones con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por la demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubiesen causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio de manera indexada los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha de efectividad de la afiliación al RAIS hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional. De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

TESIS: 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.(…) 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, así como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 1 de agosto de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (...), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un deber de información, y de otro lado, que escaso era el conocimiento tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios pero sin explicarle como podían acceder a ellos.(...) En todo caso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN 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.(...) 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.

MP. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA:03/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, tres de mayo de dos mil veinticuatro

24-033

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN SENTENCIA
Demandante: **GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA ECHÁVEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-020-2020-00205-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

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 resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 15** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** 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.** la devolución inmediata a **COLPENSIONES** de todos los valores que recibió por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, comisiones con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren

causado. Consecuencialmente se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado, validar los aportes que le sean devueltos por la AFP e incorporarlos a su historia laboral.

Así mismo solicita se condene a PROTECCIÓN a pagar la reserva actuarial a favor de COLPENSIONES que le garantice el monto de la pensión de vejez a que tiene derecho. Y que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 30 de septiembre de 2019, los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

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

- ✓ Que laboró en varias entidades públicas que no efectuaron cotizaciones al ISS como en la ESE HOSPITAL INTEGRADO SABANA DE TORRES entre el 12/04/1986 y el 30/06/1987, en FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre el 03/04/1989 y el 29/11/1994 y en la CLÍNICA SAN JUAN DE DIOS desde el 01/10/1995 hasta el 15/08/1995, para un total de 139 semanas en el régimen de prima media con prestación definida.
- ✓ Que en agosto de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCIÓN, después que asesores del fondo la visitaran en el lugar de trabajo con el fin de explicarles a los trabajadores los supuestos beneficios del traslado de régimen, donde se les informó que si permanecían en el ISS corrían el riesgo de que dicha entidad entrara en quiebra y cesara el pago de las pensiones, mientras que en el fondo privado este riesgo era mínimo, por la vigilancia que ejercía la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, además le indicaron que se podía pensionar en el momento que quisiera y que su mesada sería superior, sin explicarle cuales serían las implicaciones, tampoco le explicaron cómo sería la redención del bono pensional.
- ✓ Que PROTECCIÓN no le informó sobre el año de gracia para trasladarse de régimen contemplado en la Ley 797 de 2003, ni le realizó re asesoría o proyecciones comparativas, solo en mayo de 2007 se le dio una presunta asesoría donde le indicaron que le convenía permanecer afiliada al RAIS.
- ✓ Que PROTECCIÓN incumplió sus obligaciones de información y asesoría, dado que sus promotores no contaban con formación profesional ni capacitación adecuada.
- ✓ Que en 2019 en respuesta a petición presentada por ella PROTECCIÓN le realizó proyección de su mesada, indicándole que una fidelidad del 100% al llegar a los 59 años de edad en el RAIS su mesada sería de \$2.789.869, mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$7.027.121, toda vez que su IBL asciende a \$13.343.962.

- ✓ Que cumplió los 57 años de edad el 12 de noviembre de 2017 y acreditó las 1.300 semanas en el mes de septiembre de 2019.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, se pronunció COLPENSIONES aceptando que la actora laboró en las entidades públicas que se mencionan sin efectuar aportes al ISS, como se refleja en la documentación allegada. Así mismo indicó que era cierta la proyección de la mesada pensional que le hizo la AFP en 2019, la fecha en que esta cumplió los 57 años de edad, así como la reclamación administrativa elevada ante la entidad. Frente a los demás indicó que no le constan por ser ajenos a la entidad por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

Por su parte PROTECCIÓN aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la data de afiliación a dicho fondo y el contenido de la proyección pensional que se realizó en 2019. De otro lado aseguró que no es cierto que se haya omitido el deber de información, pues al momento del traslado a la actora se le explicaron todas las características del RAIS y las diferencias con el RPM, así como las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, por lo que su afiliación fue libre y voluntaria y posteriormente se dio la adecuada reasesoría. Frente a los restantes hechos manifestó que no le constan por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2023, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones el 100% de los aportes efectuados por la demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubiesen causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio de manera indexada los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que

hubiesen sido deducidos desde la fecha de efectividad de la afiliación al RAIS hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional

ORDENÓ a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes que sean trasladados por la AFP y tenerlos como tiempo cotizado en el RPM, reflejándolo en su historia laboral como semanas cotizadas.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez a partir del momento en que este acredite su desafiliación del sistema general de pensiones, prestación que deberá liquidar la entidad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

Finalmente condenó a **PROTECCIÓN** a pagar las costas del proceso a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV

Dentro del término concedido por la ley, COLPENSIONES interpuso y sustentó el 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 las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

Respecto al reconocimiento pensional, consideró que el demandante cumplía con los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003, toda vez que contaba con más de 57 años de edad, los que alcanzó el 12 de noviembre de 2017 y más de 1300 semanas de cotización pues contaba con 1.279 semanas cotizadas a **PROTECCIÓN** más el tiempo laborado en el sector público sin cotización que equivalen a 109 semanas, por lo que condenó a Colpensiones a reconocer dicha prestación a partir de la fecha que se acredite el retiro del sistema de pensiones.

2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Señaló que debe revocarse la ineficacia de la afiliación y la obligación a COLPENSIONES de recibir los afiliados, dado que la entidad no participó en el acto jurídico de traslado y por tanto no pueden afectarle sus efectos por cuanto los mismos no le son oponibles, además de que la situación jurídica de la actora se consolidó por los más de 15 años que permaneció en el RAIS, por lo que obligar a que COLPENSIONES reciba una persona que lleva tantos años sin realizar aportes al sistema de prima media y frente a la cual no se han podido proyectar las prestaciones y posibles contingencias es un atentado contra la sostenibilidad financiera que afecta las prestaciones de quienes si han cotizado a dicho régimen. Además se está vulnerando el sistema de libre competencia entre los dos regímenes implementados por la Ley 100 de 1993 desconociendo la obligación constitucional de proteger y garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones defraudando los intereses de las personas que legítimamente han conformado el régimen de prima media.

2.2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado ninguna de las partes presentó alegatos.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de apelación, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

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 LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

A la luz de lo reglado en el último inciso del artículo 167 CGP: “*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*”. Y precisamente el sustrato de esta clase de procesos es la afirmación de los actores de que “*el Fondo de Pensiones no les proporcionó la asesoría suficiente al tomar la decisión trascendental de cambiar de régimen de pensiones*”, lo que claramente es una afirmación indefinida. El mencionado artículo regla lo relativo a la carga de la prueba, dictaminando que

“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”. Al exonerarse a los afiliados del deber de probar, corresponde a los Fondos acreditar que obraron con diligencia y que brindaron una adecuada orientación.

No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado 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, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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, así como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 1 de agosto de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (fl 60 archivo 02), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios pero sin explicarle como podían acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA ECHÁVEZ en su interrogatorio expuso que es médica. Adujo que antes de afiliarse a PROTECCIÓN, laboró como empleada pública, inicialmente haciendo el año rural en el hospital del pueblo Sabana de Torres en Santander, luego empezó a trabajar con FERROCARRILES DE COLOMBIA y luego en se fue a trabajar a la Ceja en la Clínica San Juan de Dios, recién llegada le pasaron el contrato y también unas hojas para firmar la afiliación a PROTECCIÓN, pero ni siquiera era consciente que se estaba trasladando de régimen, el asesor no le explicó nada, el formulario estaba lleno y ella solo firmó. Señaló que mientras ha estado afiliada al RAIS nunca recibió asesoría del ISS, que nunca ha visitado a PROTECCIÓN, que cuando cambió de trabajo al HOSPITAL PABLO TOBÓN allí la visitaba una asesora del fondo, pero era más encaminada a convencerla de hacer aportes voluntarios, pero nunca le habló de heredabilidad de pensión, pero si del bono pensional, donde le pidió que consiguiera unos papeles del Ferrocarril. Indicó que desea pasarse a COLPENSIONES

porque en PROTECCIÓN le hicieron una proyección y con ese salario no le alcanza su sostenimiento y el de su hermana que depende de ella.

Indicó que en 2007 no recibió reasesoría porque en esa época había tenido un accidente de tránsito, que ella recuerda que fue en 2008 y en ese momento le dijeron que no podía pasarse. Que nunca se acercó a COLPENSIONES a averiguar cómo sería su pensión. Indicó que así PROTECCIÓN le ofreciera más dinero igual se cambiaría porque se siente engañada porque siempre decían que la pensión sería igual o mejor y no es así. Manifestó que en la actualidad ella sigue trabajando y cotizando al sistema.

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

En tal contexto, es claro que la AFP no demostró que al momento de suscribir el formulario de vinculación a PROTECCIÓN, hubiera informado a la demandante sobre las implicaciones de su traslado, 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; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. 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 tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que lograrse alcanzar durante su vida laboral

Por consiguiente, es claro que 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.

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

Es importante señalar que si bien para el año 1995 cuando se dio el traslado al RAIS la señora GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA no había cotizando al ISS, pues según se observa a folios 61 y ss del archivo 02 con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 había laborado al servicio de entidades públicas, como la E.S.E. HOSPITAL INTEGRADO SABANA DE COLOMBIA y FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, entidades que asumían directamente el pago de las pensiones, su retorno debe ordenarse a COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, ya que las anteriores entidades no eran administradoras de fondos de pensiones y a partir de la Ley 100 de 1993 dejaron de asumir la obligación pensional subrogándola en los fondos de pensiones.

Ha de agregarse que ninguna incidencia tiene la denominada **RE-ASESORÍA** de la que fue objeto la demandante el 9 de mayo de 2007 (fl.72 archivo 02), pues al margen de su veracidad, la información suministrada por el fondo sobre el monto de la mesada, a pocos meses de cumplir 47 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 PROTECCIÓN 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.

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, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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, como de forma acertada lo ordenó el a quo.

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 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 la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **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., respecto del tiempo de permanencia en cada una y 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 la AFP deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la a quo.

PENSIÓN VEJEZ.

Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que para la señora GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA ECHÁVEZ es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 57 años en el caso de las mujeres, además de 1.300 semanas cotizadas al sistema.

Lo anterior por cuanto la demandante nació el 12 de noviembre de 1960, conforme se aprecia en el registro civil de nacimiento a folio 31 archivo 02, por lo que arribó a las 57 años de edad en la misma fecha de 2017 y de acuerdo con las diversas Historias Laborales allegadas por las entidades y a los certificados de información laboral de entidades públicas, cuenta con 166.29 semanas laboradas en el sector público sin cotización (fl 61 y ss), teniendo en cuenta el tiempo con la E.S.E. HOSPITAL

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.*

INTEGRADO SABANA DE COLOMBIA entre el 18/12/1986 y el 30/06/19887 y con FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA entre el 03/04/1989 y el 29/11/1991 y 1.279.29 semanas cotizadas a PROTECCIÓN S.A. (fl 48archivo 09 del expediente digital) para un total de **1.445.57** semanas reportadas, superando así ampliamente el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003, de ahí que la fecha de causación correspondió al momento en que la accionante arribó a la edad, data para la cual contaba con más de 1.300 semanas.

De otro lado, en cuanto al **DISFRUTE**, se ha considerado que éste se da cuando una vez reunidos los requisitos, el afiliado solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro o desafiliación del sistema, pues para la liquidación de la prestación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, ya que mal se haría en reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

Así las cosas, basta con verificar la desafiliación o retiro del sistema, hecho que no sólo se prueba con el reporte expreso de la novedad de retiro, sino que también en algunos casos donde el afiliado deja de cotizar pero omite reportar formalmente su retiro, el hecho del que inequívocamente se infiere la voluntad de desafiarse es la presentación de la reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión, lo que constituye una manifestación indiscutible de la voluntad de cesar el pago de sus cotizaciones para empezar a disfrutar de la pensión.

De ahí que tal prestación esta llamada a disfrutarse a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, hecho del que no existe certeza en el plenario, toda vez que la Historia Laboral obrante en el archivo 48 y ss del archivo 09 del expediente digital, si bien refleja una última cotización para el ciclo de junio de 2022, debe tenerse en cuenta que esta fue expedida en julio de 2022, es decir en fecha cercana a tal data, esto aunado al hecho que la actora indicó en su interrogatorio que continuaba laborando y cotizando al sistema.

Por tanto, como NO existe certeza del último aporte del accionante al sistema, se **CONFIRMARÁ** la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, dado que no hay constancia del último aporte al sistema.

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

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000 a favor de al demandante.

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**

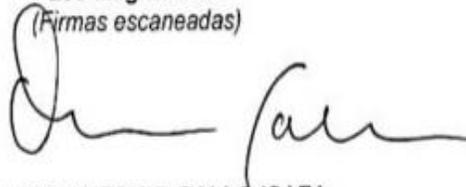
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2023 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA ECHÁVEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 23.020.946 contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONA el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada, **además deberá discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000 a favor de al demandante

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:

Demandante: **GISELA DEL CARMEN DE LA ROSA ECHÁVEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-020-2020-00205-01.
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**
Fecha de la sentencia: **03/05/2024**

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 **06/05/2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario