



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de septiembre de dos mil veinte

S19-348

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante: **GLORIA MYRIAM ARAQUE ZAPATA**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-020-2019-00371-01.
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 Protección S.A. dentro del proceso de la referencia.

En los términos del poder allegado, se reconoce personería al apoderado sustituto, Dr. JUAN ESTEBAN GALEANO CORREA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 1.035.433.997 y Tarjeta Profesional Nro. 312.539 expedida por el C. S. de la J., para que continúen representando los intereses de Colpensiones de acuerdo a la sustitución otorgada por la Dra. VICTORIA ANGÉLICA FOLLECO ERAZO.

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 27** 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** 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 el retorno de *todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.*

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

- ✓ Que estuvo afiliada al ISS.
- ✓ Que en agosto de 1994 se trasladó a Protección, entidad en la que actualmente permanece.
- ✓ Que infructuosamente intentó retornar a Colpensiones.
- ✓ Que la administradora del RAIS realizó una simulación pensional según la cual a los 57 años podría acceder a una mesada de \$828.116, inferior a la de \$2.313.199 que obtendría en el régimen de prima media.
- ✓ También enlista los aspectos o características de cada régimen que nunca les explicaron.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PROTECCIÓN. Adujo frente a los hechos que eran ciertos los relacionados con el traslado ocurrido el 26 de agosto de 1994; negó el incumplimiento del deber de información, pues asesoró a la usuaria de manera clara, comprensible y objetiva respecto de las características de cada régimen, razón por la cual, tomó la decisión libremente, sin presión, ni fuerza, de suscribir el correspondiente formulario

Por su parte COLPENSIONES adujo que no le constaban la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con la afiliación inicial de la demandante al régimen de prima media, traslado al RAIS, así como la petición elevada para retornar y la proyección realizada por la co-demandada.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de octubre de 2019, el Juzgado Veinte 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. Condenó a

Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, en un término no mayor a 30 días contabilizados luego de la ejecutoria de la decisión, la totalidad de los aportes que poseía la actora en la cuenta de ahorro individual junto con los respectivos rendimientos, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el período en que aquella permaneció afiliada a dicha administradora, así como los bonos pensionales que haya lugar.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A., fijando como agencias en derecho la suma de dos (2) SMLMV.

Dentro del término concedido por la ley, la administradora del RAIS interpuso y sustentó recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

Su inconformidad se centró, en síntesis, respecto a la devolución de los gastos de administración, y seguros previsionales, indexados, al considerar que eran descuentos legales que operaban en ambos regímenes y tenían una destinación específica en los porcentajes que enlistan, de ahí que no fuera un descuento caprichoso, sumas que cubrieron los riesgos de invalidez y muerte por parte de la aseguradora, siendo aquella la que realmente recibió el pago de tal haber, no así el fondo, punto en el que además se debía tener en cuenta que precisamente por el adecuado manejo se generaron unos rendimientos que excedían en demasía el capital producto de las cotizaciones.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR PROTECCIÓN

Se opuso a la devolución de la comisión de administración, en los siguientes términos:

1. La comisión de administración es un descuento autorizado en la Ley (L 100 de 1993 art. 20 modificado por el art. 7 Ley 797 de 2003) que faculta o autoriza a las AFP para realizar descuento del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados a pensiones.

2. El mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de Administración y para pagar la Prima de Seguro Previsional.

3. Este descuento opera en ambos Regímenes, en el RAIS y en el RPM.

4. Obra como prueba en el expediente el certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias del 231% frente a los aportes ahorrados, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por mi representada.

5. Con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, y adicionalmente ya se le están trasladado los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

6. El artículo 1746 del Código Civil dispone cuáles son los efectos de la declaratoria de nulidad “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

En este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias:

- ✓ El contrato de afiliación nunca existió.
- ✓ PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual.
- ✓ Los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron.
- ✓ No existió el cobro de una comisión de administración.

Sin embargo, el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

7. Lo mencionado nos permite hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos en la cuenta de ahorro individual. La teoría de las prestaciones acaecidas

fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia con Radicado No. 31989 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, cuando manifestó que “Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”.

8. Vale la pena resaltar el contenido de la Sentencia SL2324 del 19 de marzo de 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, MP: Dra. Ana María Muñoz Segura, donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitada por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes de un fondo privado a Colpensiones, se refirió al rol de los terceros de buena fe dentro de ese tipo de procesos, considerando para el efecto, que i) las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros; ii) la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe.

9. El Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que es preciso poner de presente que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020, indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad y/o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino. En igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia considera que tampoco debe trasladarse la prima del seguro previsional, en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

10. Además, debe tenerse presente que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la Ley y que no financia directamente la prestación económica por vejez.

11. Se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del SEGURO PREVISIONAL, toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó dicho seguro y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiera existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos. Así mismo, el SEGURO PREVISIONAL ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada ya se encuentra imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el contrato suscrito entre el afiliado y PROTECCIÓN.

2.3.2. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Solicitó que se confirmara la decisión adoptada en primera instancia. Expresamente señaló que:

Se tiene que la ineficacia al traslado reconocida por el juez de instancia, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a la Administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES-, la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, ello con sus respectivos rendimientos y consecuencialmente se ordenó

a COLPENSIONES recibir dichos aportes y sus rendimientos, rehabilitando la afiliación de la señora GLORIA MYRIAM ARAQUE ZAPATA al régimen de prima media con prestación definida, así mismo al reconocimiento y pago de las costas procesales..

Ahora bien, conforme a lo anterior, debe indicarse que el traslado de dineros ordenado a la AFP codemandada, debe efectuarse con base en el principio de la estabilidad financiera consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política Colombiana, el cual fue modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 003 de 2011, es decir deben trasladarse la totalidad de los valores que reposan en manos de la AFP del Régimen ahorro individual con solidaridad, esto es, las cuotas de administración, la garantía de pensión mínima, valores de reaseguros o seguros provisionales, además de los rendimientos financieros con todos sus frutos e intereses, igualmente los valores mencionados anteriormente deben de ser indexados, toda vez que estos dineros se han causado como resultado del trabajo de la demandante, por lo que, los mismos deben ser asumidos por el fondo privado con cargo a sus propios recursos.

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

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

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

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

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, el análisis de la Sala estaría llamado únicamente a examinar que haberes le corresponde retornar a Protección S.A.

No obstante lo anterior, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante dicha entidad. Es por ello que inicialmente 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, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se mirará los asuntos planteados en el recurso de apelación.

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, como en este caso, 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.° 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 perjudicarlo
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 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 26 de agosto de 1994 a Protección S.A. (fl.24) 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 la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por dos cosas, de un lado, la supresión del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración. Y de otro lado, el relato de algunos beneficios del traslado, pero sin mediar explicación de cómo podrían acceder a los mismos.

Expresamente la señora Gloria Myriam Araque Zapata en el aludido interrogatorio expuso que la reunión fue masiva, grupal, duro entre 5 y 8 minutos, el formulario estaba pre impreso, les dieron poca información para el traslado, señalaban que el ISS se iba a acabar, que se podían jubilar a más temprana edad, más o menos a los 50 años y que la mesada era muy superior a la que se manejaría en el ISS. Que no hubo tiempo de leer el formulario, la asesoría consistió en tener miedo a quedarse en el ISS y no hubo claridad con lo que pasaría con el dinero que ya había aportado.

Frente a la REASESORÍA llevada a cabo el 26 de abril de 2010, mencionó que faltando 10 años de la brecha pensional asistió a una reunión en Suramericana y le indicaron que sería mejor la pensión en Protección que en Colpensiones. Tuvo ahí conocimiento que hasta antes de cumplir los 47 años podía hacer el traslado de régimen.

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

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, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la RE-ASESORÍA de la que fue objeto la demandante (fl.25), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 47 años, al margen de que ahora no parece corresponder a la realidad respecto del monto de la mesada que habría de percibir, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, 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 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 ACLARARÁ la decisión adoptada por el fallador, quien ordenó a Protección devolver todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración, sin precisar que este último concepto abarcaba tres ítems.

Y es que lo procedente, contrario a lo manifestado por Protección tanto en el recurso de alzada como en los alegatos presentados, 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 ante aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a Protección S.A. por no haber tenido éxito en el recurso, fijándose como agencias en derecho la suma de \$877.803.

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 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **GLORIA MYRIAM ARAQUE ZAPATA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro.42.821.810 contra **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**

SEGUNDO: se **ACLARA** el numeral segundo del fallo bajo el entendido que los gastos de administración que debe retornar la administradora del RAIS 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, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, manteniéndose el plazo concedido por el a quo.

TERCERO: costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$877.803.

Lo anterior se notificará en **ESTADOS**, y se firma por quienes en ella intervinieron.

(firmas escaneadas)

Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

CERTIFICO: Que la providencia anterior fue notificada por
ESTADOS No. 139 fijados hoy en la secretaría de
este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín 24 de SEPTIEMBRE DE 2020

Secretario