



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno

S20-046

Proceso: ORDINARIO LABORAL- consulta.
Demandante: **GUILLERMO LEÓN MOLINA MESA**
Demandado: **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-001-2018-00373-01.
Tema: ineficacia
Decisión: **CONFIRMA**

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 analizar el proceso de la referencia en el grado jurisdiccional de consulta.

Se reconoce personería a la Dra. JENNY FERNANDA CORREA YEPES identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.128.448.862 y Tarjeta Profesional 238.719 expedida por el C. S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgada por la Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., para que continúe representando los intereses de Colpensiones.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de INEFICACIA y/o nulidad de la afiliación al RAIS a través de Colfondos, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y se condena a

dicha entidad a devolver 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 estuvieron en poder de la administradora.

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

- ✓ Que nació el 4 de mayo de 1952, contando en la actualidad con 66 años.
- ✓ Que cotizó al otrora ISS.
- ✓ Que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A. (enlista la información que no le explicó el asesor).
- ✓ Que en el RAIS recibiría una mesada a los 67 años por valor de \$1.501.512, inferior a la que percibiría de haber permanecido en el régimen de prima media que ascendería a \$3.913.180.
- ✓ Que administrativamente Colpensiones negó su retorno al régimen de prima media.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLFONDOS S.A. aduciendo que la información brindada por los asesores fue completa, clara, precisa y veraz, y explicaron las características propias de cada régimen pensional, ventajas, desventajas, requisitos de permanencia, evento en el cual el actor decidió trasladarse voluntariamente sin mediar algún vicio en el consentimiento. Añadió que determinadas circunstancias imprevisibles le impedían determinar el monto de una futura pensión.

Por su parte COLPENSIONES expuso que únicamente le constaba los hechos relacionado con la fecha de nacimiento del demandante, su calidad de afiliado al extinto ISS y la respuesta a la reclamación administrativa elevada. Agrega que al suscribir el formulario al RAIS el actor hizo uso de la autonomía de la voluntad, sin que fuere válido beneficiarse de su propio error, formulando una reclamación más de 18 años después, tornándose tardía la acción legal.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante

había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad, homologando las semanas cotizadas, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta, ordenando reactivar su afiliación. Condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y prima de reaseguro.

Condenó en costas a Colfondos S.A. y a favor del actor, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.484.348.

Dentro del término concedido por la ley, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en algunas de las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, aclarando además que el demandante se trasladó al RAIS conservando validez el acto jurídico al respetar los términos mínimos de permanencia en cada régimen.

2.2. ALEGATOS

2.2.1. PRESENTADOS POR LA PARTE ACTORA

Solicita que se confirme en todas sus partes el fallo dictado en primera instancia. Para ello comienza recalcando que al momento del traslado Colfondos S.A. nunca le explicó al demandante los eventuales perjuicios o desventajas que podía tener al cambiar de régimen, recordando que en virtud de lo normado en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, la eficacia del traslado era posible si se daba en términos de libertad y de forma voluntaria, pues lo contrario implicaría acudir a lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al deber de información advierte que se requería que en el momento inicial de la afiliación se indicara de una forma completa, objetiva, transparente y veraz las características, las

consecuencias y las desventajas del traslado, lo que no efectuó el fondo privado, deber que cataloga como ineludible.

Recuerda que la Corte Suprema de Justicia había invertido la carga de la prueba cuando lo que se discutía era esa buena o mala información, por lo que para este caso le correspondía a Colfondos demostrar su cumplimiento, lo que no avizoraba en el debate probatorio. Que por el contrario, la parte actora había demostraba esa indebida información, por cuanto la asesoría inicial, es decir, aquella que databa del año 2000, no fue clara, suficiente o precisa, ni le explicaron al demandante que en el RAIS se pensionaba por capital, tampoco las modalidades de pensión, ni en el año 2004 le dieron la oportunidad de retracto dado que NO bastaba con realizar una publicación en un periódico al que NO tenían acceso personas de ciudades diferentes a Bogotá, debiendo mediar una notificación personal. Finalmente cita apartes de providencias dictadas por la Sala de Casación Laboral referentes a que no bastaba con firmar un formulario, que a lo sumo ello acreditaba un consentimiento pero no informado, y a los valores que se debían retornar, que incluía los gastos de administración a cargo de las tres administradoras del RAIS accionadas.

2.2.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Expresamente indicó que:

“(…) Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que se advierte es que los afiliados cuentan con el derecho de elegir libremente a que régimen quieren pertenecer, tal y como lo indica el literal B) y E) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que fuere modificado por la ley 797 de 2003; en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre que debe asistir al usuario de la seguridad social y en caso de que se vea truncado será susceptible de la declaratoria de ineficacia en aplicación a lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Si bien existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, lo cierto es que para el caso concreto no se encuentra probado dentro del trámite surtido que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, realizado por la hoy demandante haya sido por falta de información o por una información insuficiente, pues como quedo establecido en la declaración rendida por esta y del material documental aportado como medio de prueba, la asesora del fondo le suministro la información que como se indicó por la demandante, eran suficientes para generar un grado de confiabilidad que la llevo a optar por la AFP privada.

Por otra parte y valga la reiteración, el demandante no puede ser trasladada nuevamente al Régimen de Prima Media con prestación definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, pues es claro que el objeto central del presente proceso está encaminado a declarar la ineficacia del traslado en tanto existe una inconformidad de carácter netamente financiero respecto a la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen, como fue manifestado en la declaración rendida,

circunstancia que no deben ser interpretadas como una falta de información, ya que para la fecha de traslado le era imposible determinar al fondo de pensiones, ya que a lo largo de la historia las leyes respecto a la liquidación de la pensión han variado.

Es claro pues, que estamos frente a un asunto que involucra una comparación netamente financiera mas no sobre la esencia que dé lugar a la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico suscrito entre el demandante y la AFP, hecho que desnaturaliza el presente proceso, pues el objeto del mismo es la protección de una expectativa pensional, el cual no está siendo negado por parte de la administradora del RAIS, pues como fue acreditado por la apoderada del fondo privado, actualmente la demandante cuenta con una cuantiosa suma ahorrada que le permiten hacerse acreedor de la pensión de vejez.

Al respecto es pertinente recordar lo manifestado por La H. Corte Constitucional a través de sentencia T- 211/2016...

Por otra parte, y si bien se ha censurado que la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, no proporcionó al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las implicaciones del traslado, es preciso recordar que con ello se está desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas como son:

- 1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció 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".
- 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones.
- 3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación para el caso concreto, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del contrato o de la materialización del traslado; pues no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Por otra parte, y conforme al artículo 167 del Código General del proceso, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

Al respecto es preciso señalar, que la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Para determinar QUIEN es el que puede probar dentro de un proceso judicial la Corte Constitucional ha señalado que depende de cada situación particular. Así la sentencia C 086 de 2016 que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, indicó...

Circunstancias estas que no habilitan a que la parte demandante asuma una actitud 100% pasiva, pues hasta el año 2016, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el contrato de afiliación, para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, máxime que en el decreto 2555 de 2010 se establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determinándose en su artículo 2.6.10.1.4 las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones entre las cuales se tiene que el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quieren pertenecer, Aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos y Emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, por lo que se puede concluir que de conformidad con la anterior normatividad existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. Por tanto, la obligación de información no recae exclusivamente en las afp, es deber del Consumidor Financiero asesorarse de la mejor manera posible para tomar una adecuada decisión.

Aunado a todo lo anterior, respecto al derecho a la libre elección entre regímenes pensionales y los límites para hacer efectivo el derecho, es preciso recordar lo expresado en la Sentencia C-1024 de 2004, la cual expresó...

Teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados, me permito insistir se proceda a revocar la sentencia de primera instancia objeto de revisión, y por el contrario proceda a desestimar las pretensiones y por tanto absolver a mi representada de cualquier responsabilidad que se le pudiere imputar, ya que tanto el Instituto de seguros sociales como la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, han sido absolutamente respetuosos en la autonomía de la voluntad privada y han permitido que sus afiliados migren hacia el régimen de ahorro individual, toda vez que el sistema general de pensiones colombiano se ofrece dual y permite esa movilidad sin que mi representada haya generado implicaciones o influencias en las decisiones que se adoptó para efectos del traslado el demandante.

No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, Solicito a la honorable Magistrada, ordene a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES EL 100% DE las cotizaciones realizadas por LOS demandantes sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración y cuotas de seguro previsional, y a provenir que traslada lo concerniente a los descuentos realizados por concepto de cuotas de administración y seguros previsionales por el tiempo que estuvo afiliado a dicha administradora.

Ello si se tiene que en sentencia ito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado COMO LA SL 81989 de 2008 se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización DESCUENTO ALGUNO, ASI MISMO todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente por que las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están aportas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos a Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante de dicha entidad.

Por ello inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, para luego examinar qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

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

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

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA 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, del recuento realizado se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente 7 de julio del año 2000 cuando suscribió el formulario para vincularse a Colfondos

S.A. (fl. 25), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información** cuyo cumplimiento NO demostró dicho fondo, tampoco el accionante 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.

Ahora, sabido es que para el momento del traslado NO existían herramientas financieras consolidadas para realizar algún tipo de cálculo certero, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, aunado a las múltiples variables que incidían en una eventual proyección en el RAIS. Y es que realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona si quiera entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos, que el monto de la mesada dependía de un capital ahorrado.

En todo caso 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.

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

De otro lado, en cuanto al recurso de apelación, 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 la a quo, quien acertadamente ordenó a Colfondos devolver todos los valores antes referenciados.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y es que lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor

GUILLERMO LEÓN MOLINA MESA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.038.694 contra **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: sin costas en esta instancia.

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

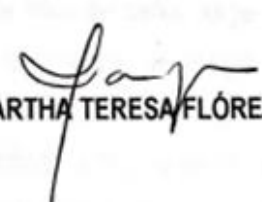
Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso: ORDINARIO LABORAL- consulta.
Demandante: **GUILLERMO LEÓN MOLINA MESA**
Demandado: **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-001-2018-00373-01.
Decisión: **CONFIRMA**
Fecha de la sentencia: **27/07/2021**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario