



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno**

#### **S20-021**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN  
Demandante: **MARIA FANNY RODRIGUEZ HERNANDEZ**  
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-007-2018-00494-02.  
Tema: INEFICACIA  
Decisión: **CONFIRMA y MODIFICA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones dentro del proceso de la referencia.

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

### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

#### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad, y en consecuencia se condena a PROTECCION S.A. a trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos, sin ningún tipo de descuento por cuota de administración.

Adicional a lo anterior solicitó que en caso de que para la fecha del fallo acreditase los requisitos para acceder a la pensión de vejez, se condenara a Colpensiones al pago de dicha prestación desde la fecha de causación del derecho.

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

- ✓ Que nació el 1 de mayo de 1963.
- ✓ Que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES e hizo aportes entre el mes de febrero de 1989 y el 30 de septiembre de 1999, cotizando un total de 532 semanas.
- ✓ Que el 19 de julio de 1999 se trasladó a Protección S.A. (enlista la información que no le suministró el asesor), momento para el cual tenía 36 años y laboraba como tesorera en el Colegio Mayor de Nuestra Señora de Manizales, fondo al que actualmente ha cotizado 943 semanas, para un total de 1.476 en toda la vida laboral.
- ✓ Que conforme información suministrada por Protección S.A. en el año 2018, a los 57 años su posible mesada sería la garantía de pensión mínima
- ✓ Que teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años de \$1.954.780 y una tasa de remplazo del 68.84%, obtendría una mesada en Colpensiones de \$1.345.671.
- ✓ Que nunca fue objeto de una re-asesoría con antelación al cumplimiento de los 47 años.

## **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la fecha de nacimiento de la actora, así como su calidad de afiliada al extinto ISS, las semanas que alcanzó a cotizar, el traslado de régimen y la respuesta a la reclamación efectuada. Por otro lado, PROTECCIÓN S.A. negó el incumplimiento del deber de información al momento de la afiliación, aduce que le explicó las características de funcionamiento de RAIS que enlista y sus diferencias con el régimen de prima media, razón por la que medió un acto exento de vicios, aunado a que sus asesores son capacitados permanentemente, por lo que cuentan con el conocimiento técnico y lealtad moral suficiente para orientar a un posible afiliado. Agrega que sí re-asesoró a la demandante el día 5 de abril de 2010, es decir, un mes antes de que cumpliera los 47 años.

## **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 9 de diciembre de 2019, el Juzgado Séptimo 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, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo para el efecto los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, exceptuando las cuotas de administración y los seguros previsionales, dinero que Colpensiones debía reflejarlo como semanas en la Historia Laboral de la accionante.

Condenó en costas a Protección S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

Dentro del término concedido por la ley, la apoderada de COLPENSIONES interpuso y sustentó recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DE LA 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, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, excluyéndolos de los montos a retornar los costos de administración y primas de seguro previsional dado que fue un descuento realizado en virtud de una gestión legal que generó rendimientos por el manejo diligente de los recursos.

### **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN PRESENTADO POR COLPENSIONES**

Centró su oposición en torno a los valores que se debían retornar al régimen de prima media.

Manifestó que conforme a las sentencias SL 4964, 4989 del 2018 y 1688 del 2019 de la Corte Suprema de Justicia, debía modificarse el numeral tercero de la parte resolutoria de la sentencia, en el sentido de ordenar a Protección S.A, que además de los aportes y rendimientos, trasladara el valor de todos los gastos de administración, cuotas de seguro previsional y en general todas aquellas sumas que hubiesen sido descontadas de los aportes efectuados por la demandante.

Lo anterior con la finalidad de que se garantizara el financiamiento de la futura pensión, ya que tales conceptos no se compensarían con los rendimientos financieros, ni hacían parte del fondo de pensiones, sino por el contrario pertenecía a la demandante, los cuales debían entrar a acrecentar el fondo de naturaleza pública.

## **2.3. ALEGATOS**

### **2.3.1. PRESENTADOS POR LA DEMANDANTE**

Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia por cuando la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no brindó una asesoría clara, completa y eficiente, que le permitiese a la demandante tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

Para fundar su tesis, citó apartes de la sentencia con radicación 46292 proferida del 3 de septiembre de 2014 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la doctora ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERON.

Añade que dicho criterio jurisprudencial sobre el tema de debate ha sido reiterado hasta la fecha por las diferentes sentencias que sobre el particular se han proferido, indicando el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que ese deber de información que se encuentra en cabeza de los fondos privados de pensiones, aplica para cualquier tipo de afiliado que se vaya a trasladar o a vincular al régimen de ahorro individual, independiente de que sea o no beneficiario del régimen de transición, así mismo ha indicado que el libre consentimiento, es decir, debidamente informado, no se puede concluir de la firma que el afiliado plasma en el formulario de afiliación al RAIS, por lo que es deber del fondo privado, demostrar al interior del proceso, que cumplió con el deber de darle al afiliado esa información clara, completa y eficiente, que le permitiera tener presente las consecuencias que le acarrearía ese traslado de régimen en su futuro pensional, lo que en el caso que nos ocupa brilla por su ausencia.

### **2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES**

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que tratándose de la afiliación al sistema pensional, cada persona cuenta con el derecho de elegir libremente a que régimen pertenecer, conforme lo previsto en el literal B) y E) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, libertad que implicaba una voluntad de elegir, la cual se materializaba con la suscripción del formulario de afiliación.

Aunque reconoce que existe una sólida línea jurisprudencial respecto a la procedencia de la declaratoria de ineficacia, considera que para el caso concreto no se encontraba probado que el traslado hubiese sido por falta de información o que la misma fuese insuficiente, pues del interrogatorio absuelto y del material documental aportado, se desprendía que la asesora del fondo privado suministró la información suficiente para generar un grado de confiabilidad que llevó a la actora a optar por la AFP Protección.

Advierte que no es dable ordenar el retorno al régimen de prima media pues era claro que la reclamante había superado la edad permitida por la Ley para realizar el cambio, aunado a que de accederse a ello se estaría desestabilizando el sistema financiero ya que el objeto central del proceso lo cimentaba la inconformidad de carácter netamente financiera respecto a la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen.

Recalca que el asunto involucraba una comparación netamente financiera, que en esencia no debía dar lugar a la declaratoria pretendida respecto de un negocio jurídico suscrito entre la demandante y la AFP, hecho que desnaturalizaba el presente proceso, pues el objeto del mismo era la protección de una expectativa pensional, la cual no estaba siendo negada por parte de la administradora del RAIS, pues como fue acreditado en el proceso por parte del fondo privado, actualmente la actora contaba con una suma ahorrada que le permitía hacerse acreedora de la pensión de vejez, prestación que a la fecha no había sido negada por PROTECCION.

Respecto al derecho a la libre elección entre regímenes pensionales y los límites para hacer efectivo el derecho, recalca apartes de lo expresado en la sentencia C-1024 de 2004.

Finalmente precisó que:

Teniendo en cuenta los argumentos antes esbozados, me permito insistir se proceda a REVOCAR la sentencia de primera instancia y por tanto se desestimen las pretensiones y se absuelva a mi representada de cualquier responsabilidad que se le pudiere imputar.

No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, Solicito al honorable Magistrado, ordene a la AFP a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es que, a más de los rendimientos y aportes, se traslade el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración que fueron descontados por a los aportes realizado por la demandante durante todo el tiempo que esta estuvo afiliada a dicho fondo.

Ello si se tiene que en sentencia (sic) ito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado 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, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, 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**

De acuerdo a la inconformidad planteada en el recurso de alzada, el problema jurídico parecería que únicamente se circunscribiría a determinar qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

No obstante, lo anterior, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, 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.

Por ello 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.

### **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 algunos fondos privados brindaban, 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:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE</b>	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 por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.



Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente 19 de agosto de 1999 cuando suscribió el formulario de vinculación a Protección S.A. (fl. 26), 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 al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado básicamente motivado por la injerencia de su empleador, el relato de algunos beneficios pero sin explicarle como podía acceder a ellos y la extinción 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 es que expresamente la señora María Fanny Rodríguez en el interrogatorio absuelto, adujo que si bien no fue una política laboral por parte de su empleador el exigirle el cambio de fondo de pensiones, lo cierto es que si fue determinante en su decisión la recomendación realizada por su jefe inmediato, ya que para la época existía una ola de comentarios entre las personas y su

círculo laboral, de que el seguro social se iba acabar, así como que su pensión no estaría segura. Señala que al acercarse los asesores de Protección S.A al Colegio Mayor de Nuestra Señora de Manizales, lugar donde trabajaba para ese momento, le dieron una asesoría grupal de aproximadamente treinta minutos, pero que no se le brindó información acerca de las diferencias entre los fondos, sus ventajas o desventajas y que sólo le dijeron que en este nuevo fondo su pensión estaría segura, acatando así la recomendación de su jefe cambiándose de fondo.

Respecto de la re-asesoría, indicó que bien recibió una llamada por parte del asesor el día 5 de abril de 2010, este sólo le informó que estaba a pocos días de cumplir 47 años de edad, que si quería cambiarse de fondo debía hacerlo antes de esa fecha, pero no hubo información acerca de lo que podría recibir por concepto de mesada pensional en un fondo y por ello no sintió necesidad de cambiarse de administradora.

Destáquese 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 la falladora, la existencia de una explicación por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; 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 la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral.

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 las que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por 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 que en este punto es consultada.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la denominada RE-ASESORÍA de la que fue objeto la demandante el 5 de abril de 2010 (fl.133), pues al margen de su veracidad, la información suministrada por el fondo sobre el monto de la mesada en cada régimen, según la cual NO le convenía quedarse en el RAIS, ad portas del cumplimiento de los 47 años de edad, 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. Incluso en el interrogatorio absuelto la aquí demandante expresó que en la llamada recibida no le hablaron sobre proyecciones, centrandose unicamente en el aspecto de la edad.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque PROTECCION hubiese desmotivado a la accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

... porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Aunado a ello, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la 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 MODIFICARÁ la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Protección devolver los recursos de la cuenta de ahorro no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

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, **MODIFICÁNDOLA** en el aspecto antes aludido.

NO se condenará en costas en esta instancia a la entidad recurrente pues tuvo éxito en su recurso.

## 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 9 de diciembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA FANNY RODRÍGUEZ HERNANDEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 65.710.505 contra **PROTECCION S.A y COLPENSIONES**.

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

**TERCERO:** sin costas en esta instancia.

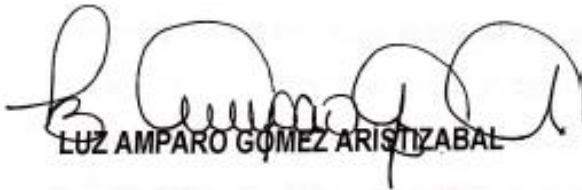
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Auto AL2550-2021.

*(Firmas escaneadas)*

Los Magistrados,



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

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

**HACE SABER:**

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	<b>MARIA FANNY RODRIGUEZ HERNANDEZ</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.</b>
Radicado No.:	05001-31-05-007-2018-00494-02.
Tema:	INEFICACIA
Decisión:	<b>CONFIRMA y MODIFICA</b>
Fecha de la sentencia:	<b>27/07/2021</b>

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