



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de julio de dos mil veintiuno

19-384

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante: **OLGA LUCÍA LONDOÑO GIL**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-002-2019-00438-01.**
Decisión: **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 formulado por Colpensiones contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

Se reconoce personería para actuar a la Dra **LEIDY VERÓNICA GONZALEZ LOPEZ** identificada con cédula de ciudadanía número 44.006.250 y portadora de la tarjeta profesional de abogado número 196.444 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de COLPENSIONES, conforme sustitución de poder que le hiciera el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, con la tarjeta profesional número 198.214 del C.S. de la J., en su calidad de representante legal para procesos de Colpensiones de la firma **PALACIO CONSULTORES S.A.S.**

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 con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Protección S.A. retornar: el valor de los aportes recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses o cualquier otro emolumento que se encuentre en su cuenta de ahorro individual; lo cobrado por concepto de administración; la diferencia en los rendimiento financieros del valor depositado en la cuenta pensional por los intereses; y el reconocimiento de lo que hubiese rentado todas las sumas mencionadas si estuviera en el fondo público.

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

- ✓ Que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCUALES hoy COLPENSIONES el 11 de abril de 1985 a través del empleador COMITÉ REGIONAL DE REHABILITACIÓN.
- ✓ Que el 16 de julio del mismo año comenzó a laborar con el MUNICIPIO DE BELLO, no llevándose a cabo afiliación a alguna administradora de fondo de pensiones, ya que su empleador por ser entidad pública no tenía obligación, la cual solo se hizo exigible a partir del año 1995, cuando el municipio permitió el ingreso de varios asesores del Fondo de Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección SA para que les informaran sobre el régimen de ahorro individual, los cuales en reuniones grupales y luego personalizadas les informaron varias características del régimen que enlista y que fueron las que llevaron a convencerla de la afiliación a dicho fondo.
- ✓ Que para el 19 de febrero de 2019, próxima a arribar a los 57 años de edad, comenzó a indagar sobre su situación pensional, por lo que solicitó a Protección una proyección de su mesada pensional y en respuesta del 16 de marzo del mismo año se le indicó que su mesada ascendería a \$1.157.708.
- ✓ Que ante la inconformidad con dicha proyección buscó los servicios de un abogado consultor- actuarial a fin de que proyectara su mesada en COLPENSIONES, obteniendo que para el 2019 sería de \$1.896.000, reflejándose una diferencia de \$738.892 a la que le otorgaría Protección, lo que afectaría sus condiciones personales y familiares de llevar una vida digna, además de evidenciarse que no se cumplió con lo dicho por el asesor del fondo que le aseguró que su mesada sería superior que la otorgada por el ISS.
- ✓ Que antes de cumplir los 47 años de edad, Protección no le brindó ningún tipo de reasesoría, a través de la cual se le informara su condición pensional, ventajas o desventajas por permanecer en dicho régimen o de trasladarse al de Prima Media.
- ✓ Que el 6 y 10 de junio solicitó a Colpensiones y a Protección el traslado de régimen, el cual le fue negado por ambas entidades

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PROTECCIÓN S.A., en síntesis, señaló que no es cierto que la demandante se hubiera afiliado a Santander hoy Protección en 1995, ya que la afiliación a esa AFP se dio el 12 de mayo de 2000, fecha muy posterior a la vinculación al régimen de ahorro individual que fue el 3 de noviembre de 1995. Aclaró que en 1995 el empleador de la actora permitió que los asesores de Protección ingresaran a sus instalaciones a informar sobre el régimen de ahorro individual, ya que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y la creación del RAIS se hacían charlas en diferentes empresas de los sectores públicos y privados con el fin de dar a conocer los beneficios del nuevo régimen. Así mismo indicó que no es cierto que la información dada por PROTECCION hubiera sido incompleta pues se le brindó una asesoría verbal, clara, transparente, oportuna, responsable, profesional, objetiva e integral por parte la asesora de dicha administradora, cumpliendo todos los parámetros técnicos y legales, explicándole con claridad todos los términos y condiciones del RAIS, los cuales reseña, constituyéndose así en un acto jurídico plenamente válido y eficaz. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

Por su parte COLPENSIONES aduciendo que únicamente eran ciertos los hechos relacionado con la afiliación de la demandante y frente a los demás hechos manifestó que no le constan por lo que deberán demostrarse al interior del proceso.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia CONDENÓ a PROTECCIÓN trasladar a la señora OLGA LUCIA LONDOÑO GIL al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y devolver a dicha entidad todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones completas, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, con excepción de los dineros por concepto de administración de la cuenta. Así mismo ORNDENÓ a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media y recibir todos los dineros trasladados por Protección S.A.

Condenó en costas a Protección S.A. a favor de la actora, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría de la que pudiese predicarse que la actora comprendía las consecuencias del traslado, carga que no cumplió Protección S.A., sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, excepto en lo atinente a la devolución de las cuotas de administraciones, los que a juicio del despacho no era dable retornar dado los rendimientos que causó el capital.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Se debe ordenar a Protección devolver a COLPENSIONES las cuotas de administración, ya que estas son ingresos propios a favor de la generación de su patrimonio, todo ello en virtud de la afiliación realizada por el cotizante obligatorio al Sistema General de Pensiones, por tanto si la misma se declara ineficaz o nula en virtud de una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional o por faltarle un requisito de existencia o validez estos dineros conjuntamente con sus rendimientos generan un enriquecimiento sin causa a su favor y en desmedro de COLPENSIONES, pues desde la selección inicial de la afiliación al RAIS por parte del afiliado tuvo en su haber la destinación o administración de esas sumas dinerarias, las cuales le hubieran servido a efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común. Respecto a la obligatoriedad de devolución de los recursos previstos como cuotas de administración la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 46292 de 2017, por lo que solicita se revoque de forma parcial la sentencia de primera instancia.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Atendiendo la inconformidad planteada en el recurso de alzada, parecería que el único problema jurídico a resolver sería determinar qué 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 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. Es por ello que inicialmente es necesario determinar 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 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 ENCONTRA LA 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 perjudicarlo
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 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 3 de noviembre de 1995 cuando suscribió el formulario para vincularse a Protección S.A. (fl. 108, FI 111 Historial SIAF), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado principalmente porque la pensión que obtendría en el RAIS sería superior, que podría pensionarse a una menor edad y principalmente por 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.

Expresamente la señora OLGA LUCÍA LONDOÑO GIL en el aludido interrogatorio expuso que actualmente se encuentra vinculada como empleada y ejerce como trabajadora social. Respecto del traslado rememora que se trasladó al fondo privado, porque cuando estaba trabajando vino una reforma de la ley, aparecieron los fondos privados y fueron a decirles de pasarse, aprovechando la situación coyuntural del Seguro Social en esa época donde decían que no iba a haber pensión para nadie, que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado iban a quedar mejor pensionados, que podían pensionarse antes de la edad y que tenían más ventajas. Señaló además que cuando laboraba para el MUNICIPIO DE BELLO, se programaban conferencias de forma masiva donde asistían los diferentes fondos privados en una especie de competencia, y además se hizo una asesoría individual, pasando por las oficinas de cada empleado, donde se les hizo un cálculo, particularmente en su caso se hizo un cálculo indicándole que su pensión iba a ser mayor que podía retirarse mucho antes y reiterando siempre que el Seguro se iba a acabar.

Frente a la MOVILIDAD entre administradoras del RAIS explica que después de desaparecer el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander e iniciar Protección ni siquiera se enteró de tal situación, sino que su empleador continuó efectuando aportes en debida forma..

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 el fallador, la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En tal contexto, en gracia de discusión, si bien lo indicado por la accionante pudiese dejar entrever una somera información suministrada al momento de 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, aspecto que tanto le interesó, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema, como sucedió en este caso; 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 en todo caso NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría y por lo menos que comprendiera que el monto de su mesada estaba ligado al ahorro que efectuara a lo largo de su 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 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 que en este punto es consultada.

Es importante señalar que si bien para el año 1995 cuando se dio el traslado al RAIS la señora OLGA LUCIA LONDOÑO no se encontraba cotizando al ISS, pues laboraba para el municipio de Bello, entidad del orden territorial que asumía directamente el pago de pensiones con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y cuya obligación de afiliar a sus empleados surgió a partir dicha norma, la actora si había sido afiliada previamente al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES conforme se observa en la historia laboral a folio 28/29, por tanto este era el fondo de pensiones al que debía retornar, ya que el municipio de Bello no era una administradora de fondos de pensiones y a partir de la Ley 100 de 1993 dejó de asumir la obligación pensional subrogándola en los fondos de pensiones, de ahí que su retorno al régimen de prima media se realice a Colpensiones.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora OLGA LUCIA LONDOÑO, quien estuvo en Protección, luego en ING y finalmente en Protección nuevamente, debido a la fusión de estos últimos fondos (fl 111) , entidad en la que actualmente permanece, pues, de un lado, como antes se resaltó, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría, cuando existe, NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, que fue precisamente lo que en este caso sucedió.

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, dígase 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 el 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, así mismo se ACLARA que la orden dada a Protección de devolver los valores recibidos incluye el tiempo en que la actora estuvo en ING, fondo que fue fusionado con la demandada y así se dirá en la parte resolutive.

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 Colpensiones, pues tuvo éxito en el 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 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **OLGA LUCÍA LONDOÑO GIL** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 32.323.206 contra **PROTECCION S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **MODIFICA** el numeral segundo 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, incluso cuando la actora permaneció en ING en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: sin costas en esta instancia.

Lo anterior se notificará en **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

(firmas escaneadas)



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:

Demandante: **OLGA LUCÍA LONDOÑO GIL**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-002-2019-00438-01.**
Decisión: **MODIFICA**
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