



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós

22-091

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	VÍCTOR MIGUEL ARISTIZÁBAL TOBÓN
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-001-2020-00074-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA

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 conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 36** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que tras la declaratoria de **INEFICACIA** de la afiliación a las administradora del RAIS se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad, y en consecuencia se condene a **PROTECCIÓN** a trasladar la totalidad de sumas de dineros recibidos por su afiliación al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus respectivos frutos e intereses en la forma determinada en el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y se ordene a **COLPENSIONES** la aceptación de su regreso automático.

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

- ✓ Que nació el 16 de enero de 1961.
- ✓ Que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el ISS desde agosto de 1984 hasta el mes de abril de 1995, habiendo cotizado un total de 560.71 semanas.
- ✓ Que en mayo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCIÓN, sin embargo al momento del traslado se le brindó una precaria asesoría para el cambio de régimen pensional, pues no se le informó cuales eran los aspectos que se tenían en cuenta para liquidar el monto de la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco se le informó que la mesada en el RAIS dependía de las fluctuaciones del mercado de valores, no se le explicaron las diversas modalidades de pensiones en el RAIS y cómo puede influir en el monto de la pensión, no se le habló de las ventajas y desventajas de cada régimen, no se le hizo una proyección de que podría ser su pensión en ambos regímenes, solo se le dijo que el ISS estaba en quiebra y su futura pensión estaría en riesgo, por lo que la decisión de trasladarse no estuvo precedida de información, clara, suficiente y veraz.
- ✓ Que en respuesta a solicitud presentada por él, en 2019 PROTECCIÓN le realizó proyección de su mesada pensional, informándole que en el RPM sería de \$3.902.916, mientras que en PROTECCIÓN podría obtener una mesada de \$3.989.310 pero bajo la modalidad de retiro programado, sin explicarle el riesgo que esto implica en cuanto a la garantía del momento a recibir.
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES Y PROTECCIÓN el traslado de régimen obteniendo respuesta negativa.
- ✓ Que a la fecha ha cotizado 1.769,42 semanas en toda la vida laboral.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES que aceptó o la fecha de nacimiento del actor, la fecha de afiliación del actor al ISS, el posterior traslado al RAIS y los trámites efectuados con el fin de lograr retornar al RPM. Frente a los demás indicó que no le constan por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

De otro lado, PROTECCIÓN señaló que únicamente le consta la fecha de nacimiento del actor y la solicitud de traslado que realizó ante el fondo. Aclaró que la fecha de afiliación a Protección fue el 11 de abril de 1995, que no es cierto que el fondo haya omitido el deber de información, pues al demandante se le brindó toda la información necesaria acerca del funcionamiento del RAIS, explicándole en forma detallada las características del régimen (las cuales enlista), las ventajas y desventajas las condiciones para acceder a la pensión de vejez y las diferencias con el Régimen de Prima Media. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan o no se trata de hechos, por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 19 de abril de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS del demandante y que por tanto esta se encontraba válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y primas de reaseguro, estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron. Y ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del actor en el RPM previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual que deberá homologar como semanas cotizadas.

Finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., a favor de del demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$3.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, interpusieron y sustentaron el 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 las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN DE PROTECCIÓN

Señaló que en el presente caso, el accionante confesó que para el momento de la afiliación inicial con PROTECCIÓN en 1995, se le explicó que en el RAIS tendría una cuenta de ahorro individual, que podría acceder a una “jubilación más temprana”, que sus dineros tendrían unos rendimientos a través de los dineros por parte de la AFP, se le explicó sobre el concepto de bono pensional y que el mismo se negociaría en el mercado, se le habló de la posibilidad de hacer unos aportes voluntarios en aras de mejorar su prestación pensional, se le habló de las deducciones de cuotas de administración, confesó que recibió con regularidad los extractos de su cuenta de ahorro individual y que los revisaba de manera detenida para verificar las fluctuaciones del mercado y los rendimientos o pérdidas que los mismos habían tenido, además indicó que sabía de la limitante para trasladarse del RAIS al régimen de prima media, lo anterior lleva a concluir que el demandante tenía conocimiento de las características específicas del RAIS y las diferencias con el régimen de prima media que ha exigido la Corte Suprema de Justicia para 1995 que fue cuando se dio su traslado, por tanto, insiste que si bien la parte actora funda su demanda en un supuesto engaño de la AFP no queda claro en qué consistió dicho engaño, cuando conoció todas las características del RAIS, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

De otro lado indica que tampoco es procedente la orden de devolver los gastos de administración y los seguros previsionales, ya que estos descuentos se hicieron por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además la AFP ha administrado de manera correcta y oportuna la cuenta de ahorro individual del actor obteniendo unos rendimientos de casi el 500%, según se evidencia en las pruebas allegadas, por lo que devolver estos dineros significaría un detrimento para la AFP y un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES que se beneficiaría de unos rendimientos sin haber administrado la cuenta del actor.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Indicó que al declararse la ineficacia del traslado del actor, todos los actos jurídicos que se celebraron en virtud del mismo pierden su fuerza vinculante, por lo que PROTECCIÓN debe trasladar el 100% de los aportes efectuados por el actor, es decir, los dineros correspondientes a la cuenta de ahorro individual, los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales, como lo concluyó la a quo, pero incluyendo además las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de FOGAFIN, los frutos e intereses y los aportes al fondo de solidaridad pensional causados durante el tiempo que el señor VICTOR MIGUEL estuvo afiliado a PROTECCIÓN, todos estos conceptos debidamente indexados, ello con el fin de evitar perjuicios a COLPENSIONES ante el eventual reconocimiento de derechos pensionales a favor del demandante, tal y como ha ordenado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la 31989 de 2008 y 68838 de 2019.

2.2.3. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Manifestó que en los fallos relacionados con la nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, 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, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, el cual ha tenido varias etapas en el tiempo, el cual ha resumido la Corte en las siguientes:

- 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.

Con base en lo anterior, adujo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por ello, no es 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, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

De otro lado, indicó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales., dado que desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD al RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en providencia T 489/2010, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

Finalmente solicitó que en caso de que se confirme la sentencia la misma se adicionada en el sentido de ordenar a Protección devolver a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el afiliado, esto es, se ordene el traslado de las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales, tal cual lo concluyó la Juez de instancia, pero incluyendo además, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, causados durante el tiempo en que el señor VÍCTOR MIGUEL ARISTIZÁBAL TOBÓN estuvo afiliado a la Administradora del RAIS debidamente indexadas para que con ello, se evite causar cualquier tipo de perjuicio o detrimento económico a COLPENSIONES frente a un eventual reconocimiento prestacional a favor del demandante, por ello, se requiere que los dineros trasladados sean totales y suficientes para soportar el pago de una pensión.

3. DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a las administradoras de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso

afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN S.A. analizando especialmente lo referente a las cuotas de administración y los seguros previsionales-.

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

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por

nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	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
ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	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	
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 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, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 11 de abril de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (fl. 85 archivo 02 contestación Protección), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento tenía el actor respecto del

funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por el relato de algunos beneficios pero sin explicarle como podía acceder a ellos y la supresión del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición.

Expresamente el señor VICTOR MIGUEL ARISTIZÁBAL TOBÓN en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero industrial y en la actualidad labora como asesor empresarial. Respecto de las circunstancias en que se dio su afiliación a PROTECCIÓN relató que para 1994-1995 laboraba en ENKA DE COLOMBIA, que es una empresa del grupo empresarial antioqueño, igual que Protección, en esa época fueron a la empresa asesores de Protección y dieron unas charlas grupales de aproximadamente media hora hablando de los beneficios de afiliarse a dicho fondo, adicionalmente se rumoraba de la lamentable situación financiera del Seguro Social y con esa información lo convencieron de afiliarse a Protección. Manifestó que le indicaron que sería un ahorro individual, que tenía rendimientos, que tendría la posibilidad de la jubilación a menos edad pero no le explicaron cómo podía acceder a esto, nunca les hablaron de ninguna desventaja bajo este régimen. Señaló que no hubo presión directa por parte del empleador para pasarse a PROTECCIÓN, pero fue la única administradora que fue a darles charlas, además se sentía que era visto con buenos ojos que se trasladaran a Protección por ser de los mismos dueños de la empresa.

Indicó que solo pensó en regresar a COLPENSIONES hace algunos años, cuando terceras personas, ajenas a Protección lo asesoraron y le explicaron cuál era su situación real y por qué era más conveniente cambiarse de régimen.

Adujo que si bien en el formulario de afiliación se relacionan sus beneficiarios, no recuerda que le hayan explicado que importancia tenían los beneficiarios para efecto de las prestaciones, que tampoco recuerda que le hablaran de heredabilidad de los aportes, que si le hablaron de bono pensional en el sentido que este eran las semanas cotizadas en el Seguro Social y se redimía al momento de pensionarse, que también le dijeron que podía hacer aportes voluntarios con los cuales podía tener exención en retención en la fuente, que también sabía que le harían descuentos para administración de la cuenta, que recibe extractos y los revisa y ha visto las fluctuaciones en los rendimientos.

Manifestó que sabía que solo podía volver a Colpensiones hasta antes de cumplir los 52 años de edad, pero que en esa época el Seguro Social estaba haciendo su transición a Colpensiones y fue a una oficina a obtener información, pero ni siquiera le brindaron información, además él

estaba tranquilo en Protección hasta hace aproximadamente 3 años cuando empezó a recibir asesorías externas de expertos en el tema que le hicieron proyecciones y se dio cuenta que le era más beneficioso devolverse a Colpensiones. Aclaró que Protección no le dio ninguna reasesoría antes de cumplir los 52 años de edad

Señaló que interpuso la presente acción porque siente que no se le brindó la información necesaria en cuanto al traslado que hizo del ISS a Protección, que según lo han asesorado en Colpensiones podría tener una mesada superior a la que tendría en Protección, estas proyecciones se las han hecho por fuera del fondo. Que conoce los rendimientos que ha generado su cuenta porque en los últimos 3 años ha estado muy pendiente y precisamente se ha dado cuenta que es un riesgo que su dinero este sujeto a los vaivenes del mercado. Indicó que cuando se trasladó no le informaron en cuales eran los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ni cómo se calculaba la pensión en uno y otro régimen, que recuerda que hicieron énfasis en las ventajas pero no en las desventajas.

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

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el 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, pues solo le explicaron que con estos podía tener exenciones tributarias, 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 el afiliado por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionado 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

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

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

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 del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a PROTECCIÓN SA, 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, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, como de forma acertada lo indicó la a quo debiéndose **CONFIRMAR** la decisión en este punto.

Ahora, la apoderada de Colpensiones solicita que se adicione la sentencia en este punto y se ordene devolver los seguros previsionales y la prima de reaseguro de fogafin, empero dichos conceptos ya fueron ordenados por la a quo, pues estos ítems se encuentran incluidos dentro de del descuento del 3% del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que cuya devolución se ordenó, por lo que no es necesario hacer la adición que se solicita. Así mismo tampoco es dable adicionar la sentencia como lo solicita la apoderada de Colpensiones incluyendo el porcentaje descontado para el fondo de solidaridad pensional ya que este es un descuento que se hace tanto en el

régimen de prima media como en el RAIS a quienes devenguen más de 4 SMLMV, conforme al artículo 27 de la Ley 100 de 1993 y va destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo.

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

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

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

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

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

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

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

(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que

estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

Así mismo estima la Sala que se debe ordenar la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, tal y como de forma acertada lo indicó la a quo, cuando señaló que este dinero debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, pues el mismo se

habrá visto envilecido por el paso del tiempo, debiendo CONFIRMARSE la sentencia en este punto.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021

Sin embargo se ADICIONARÁ el fallo en mención, indicando que al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo ordenó la Corte en sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021.

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

Costas en esta instancia a cargo de Protección y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada AFP.

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 abril de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **VICTOR MIGUEL ARISTIZÁBAL TOBÓN** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.603.187 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONA el numeral tercero del fallo bajo el entendido que **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de cumplir la orden, los conceptos que traslade a COLPENSIONES deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Protección y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso y a favor del demandante. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000 a cargo de cada AFP.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ 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:	VÍCTOR MIGUEL ARISTIZÁBAL TOBÓN
Demandado:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-001-2020-00074-01.
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA
Fecha de la sentencia:	16/12/2022

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 **19/12/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario