



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, trece de octubre de dos mil veintitrés

23-215

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **NEIRAN ROSA TUBERQUIA USUGA**
Demandado: **COLPENSIONES - PROTECCION S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-022-2019-00820-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Se reconoce personería a la doctora SARA BOTERO GARCIA, identificada con cédula de ciudadanía número 1.017.257.197, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional número 340.780 del C. S. de la J., para representar los intereses de judicial de la Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., según poder que le otorgó su representante legal judicial, el doctor Juan Pablo Arango Botero a través de Escritura Publica 831 del 30 de agosto de 2023 de la Notaria Catorce de Medellín.

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 34** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante que, tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES el capital ahorrado en el régimen de ahorro individual debidamente indexado y consecuentemente se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas, reactivar su afiliación en el sistema y acreditar en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS. . Así mismo solicita que en caso de que al momento del fallo acredite las 1.300 semanas para acceder a la pensión de vejez se condenó a COLPENSIONES a reconocer dicha prestación desde su causación. De otro lado que se condene a PROTECCIÓN a pagar los perjuicios causados por la omisión en el deber de información, consistentes en el pago del retroactivo a pesar de haber continuado afiliada al sistema de seguridad social.

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

- ✓ Que a la fecha de radicación de la demanda contaba con 59 años de edad.
- ✓ Que prestó sus servicios en la Beneficencia de Antioquia desde el 1º de octubre de 1987 hasta el 1º de agosto de 1990 en consecuencia estuvo afiliada al Régimen de prima media a través de la Caja de Previsión Social, también prestó sus servicios al municipio de Fredonia entre el 10 de octubre de 1980 y el 31 de diciembre de 1982.
- ✓ Que debido a una deficiente asesoría prestada por un asesor comercial de PROTECCIÓN S.A. en septiembre de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual; sin embargo al momento de la afiliación no recibió una adecuada asesoría sobre las características y diferencias de cada uno de los regímenes que le permitieran tomar una decisión informada, no se le explicaron las ventajas y desventajas del RAIS, ni los requisitos para acceder a la pensión de vejez ni características específicas de este régimen (las cuales enlista), por lo que su decisión de trasladarse no fue libre y voluntaria ya que al habersele ocultado información relevante tomó la decisión sin una adecuada asesoría.
- ✓ Que para el 2019 contaba con 955.43 semanas en el RAIS, 148 semanas en el Régimen de Prima Media, más 116 semanas laboradas en el municipio de Fredonia, es decir, que tenía un total de 1.220 semanas al Sistema General de Pensiones.
- ✓ Que en 2019 solicitó una proyección de su mesada pensional a PROTECCIÓN, obteniendo como respuesta que no contaba con el capital requerido para pensionarse por lo que su única opción sería acceder a la garantía de pensión mínima, mientras que si se hubiera pensionado en el régimen de prima media conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 su mesada sería superior.

- ✓ Que el 2 de febrero de 2017 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, el cual fue rechazado por faltarle menos de 10 años para la edad pensional; sin embargo PROTECCIÓN nunca le dio reasesoría antes de cumplir los 47 años de edad, información que era vital para poder decidir si quería regresar al régimen de prima media.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controviertieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aceptando la edad de la actora, que esta prestó sus servicios a la Beneficencia de Antioquia y al municipio de Fredonia, así como la solicitud presentada tendiente al traslado. Con respecto a los hechos restantes mencionó que le eran ajenos y por ende deben de someterse a debate probatorio.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. aceptó la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad en 1995. De otro lado negó el incumplimiento del deber de información al señalar que le brindó la asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara, comprensible y necesaria acerca de las características, funcionamiento y diferencias de cada régimen, reseñando algunos aspectos, calificando de consiente e informada la decisión de traslado, firmando de manera libre, voluntaria y sin presiones. Respecto a los restantes hechos señaló que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2023, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Envigado **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** como actual administradora del RPM todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan aportes y rendimientos. Y también se **CONDENA** a PROTECCIÓN a entregar o devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Y **CONDENÓ** a COLPENSIONES a recibir y/o a cobrar esos dineros.

Finalmente **CONDENÓ** en costas a PROTECCIÓN fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV a favor de la demandante.

Dentro del término concedido por la ley, Protección interpuso y sustentó 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 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 PROTECCIÓN

Señaló que debe revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto a la orden que se dio a la AFP de trasladar los dineros concernientes al seguro y reaseguros FOGAFIN, toda vez que el Fondo de Garantías de Instituciones financieras FOGAFIN es una entidad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento asociadas especializadas en depósitos electrónicos que por obligación están inscritos en FOGAFIN; dicho fondo fue creado en 1985 para enfrentar la crisis financiera que enfrentaba el país para la época con el fin de proteger las dificultades que afrontaban los establecimientos de crédito y los ahorradores del sistema.

Agregó que dentro del sistema general de pensiones el seguro de depósito FOGAFIN surgió a partir del artículo 99 de la Ley 100 de 1993; sin embargo en la actualidad, el seguro de depósito es manejado por el Fondo de Garantías de Instituciones financieras FOGAFIN que se encuentra regulado por la Resolución 05 de 2009, norma que derogó la regulación anterior contenida en la Resolución 01 de 2009, y esa resolución derogó a su turno la resolución es 1 de 1988, 2 de 1989, 2 de 1991, 2 de 1992, 2 de 1993, 2 de 1996, 1 de 1997, 1 de 1998, 2 de 2005, 3 de 2001 2 de 2005, 1 de 2006 y los numerales primero y segundo y el anexo 1 de los externa número 007 de 2002. Sin embargo en la Resolución 05 de 2009 se dispuso parágrafo del artículo 20 que la Resolución 1 de

2009, no obstante su derogatoria, continuaría rigiendo para efectos de la devolución de primas, cobros de prima adicional de los establecimientos bancos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías, as compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización correspondientes al año 2009, así como para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellos.

Nótese que ningún contenido de nicho de dicha resolución se menciona a las entidades administradoras de fondo de pensiones y cesantías, obedeciendo esto a lo que más adelante estipularía el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, norma que dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFIN a las administradoras de cesantías y a las de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad y la obligación de las aseguradoras de inscribirse a FOGAFIN, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro nacional, dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas. Por lo que insistió que no es procedente ordenarle a Protección el traslado de un concepto completamente derogado y que además, por disposición normativa, fue girado al Tesoro Nacional y asumido por la propia administración, desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 193 y que nunca se descontó de la cotización a pensión de los afiliados, estando así completamente infundado dicho rubro.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron alegatos PROTECCIÓN, COLPENSIONES y la parte actora reiterando los argumentos esbozados tanto en la demanda como en las contestaciones.

En primer lugar PROTECCIÓN reiteró lo solicitado en el recurso de alzada en cuanto a que debe revocarse la orden de devolver las primas de reaseguro de FOGAFIN, insistiendo en que dicho concepto fue derogado por el artículo 163 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, norma que dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el FOGAFÍN, ordenando además el traslado de las reservas existentes al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas, por lo que en acatamiento de dicho precepto estos dineros fueron girados al Tesoro Nacional, además de que eran asumido por la propia Administradora desde su estipulación en el artículo 99 de la Ley 100 de 1993, y que nunca se descontó de la cotización a pensión de los afiliados, por lo que no es procedente ordenar su devolución.

Por su parte COLPENSIONES adujo que caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se confirme o adicione la condena impuesta Protección respecto a trasladar la totalidad de valores cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos financieros, los bonos pensionales y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima; los aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del Despacho, estos últimos debidamente indexados y a cuenta y riesgo de dicha AFP.

Finalmente la demandante solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que el traslado de la señora NEIRAN ROSA TUBERQUIA al RAIS se dio sin habersele brindado una adecuada asesoría e información por parte de la AFP demandada sobre las implicaciones del mismo, por lo que se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del mismo conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, parecería que el problema jurídico a resolver estribaría únicamente en determinar si es procedente ordenar a Protección la devolución de las primas de reaseguro de FOGAFIN.

No obstante, 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.

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 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 ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
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, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 12 de septiembre de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (fl 49 del archivo 12 del expediente digital- SIAFP), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado el ofrecimiento de algunos beneficios pero sin explicarle como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora NEIRAN ROSA TUBERQUIA USUGA en el aludido interrogatorio expuso que es bachiller y en la actualidad labora como empleada pública en la Registraduría Nacional del Estado Civil. Respecto del traslado a Protección adujo que en septiembre de 1995 se iba a posesionar como funcionaria de la Contraloría General de la República, estaban varias personas para posesionarse, y allí llegó un asesor de Protección para hacerles la afiliación. Indicó que les asesor les dijo que podían pensionarse con una menor edad, con un mejor monto y eso fue lo que más le llamó la atención, pero no les explicó nada más. Manifestó que antes de afiliarse a Protección sus aportes los había hecho en Cajas de Previsión con el municipio de Fredonia y la Beneficencia de Antioquia. Adujo que el asesor no le dijo a que edad podía pensionarse en el RAIS y tampoco sabía a qué edad podía pensionarse en la Caja de Previsión. Adujo que intentó pasarse a Colpensiones pero le negaron la solicitud, que luego lo intentó en 2019, pero nuevamente se lo negaron. Indicó que el asesor no le brindó mayor asesoría porque el tiempo fue corto, que no le hablaron de aportes adicionales con el fin de aumentar el ahorro en el fondo privado, tampoco de la

heredabilidad de los aportes, ni de rendimientos, tampoco le dijeron que sus aportes irían a una cuenta individual, no le explicaron sobre sus beneficiarios ni como estos influirían en el cálculo de su mesada pensional, ni sobre el derecho de retracto, ni sobre bono pensional, ni sobre la garantía de pensión mínima, ni tampoco le explicaron las diferentes modalidades de pensión en el RAIS. Indicó que después de firmar el formulario de afiliación no se acercó a las oficinas de Protección a verificar ninguna información, solo en 2017 pero en ese momento le dijeron que ya tenía más de 47 años de edad y no podía trasladarse. Manifestó que quiere volver a Colpensiones para tener una mejor mesada y una pensión digna.

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 la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS la demandante no fue informada sobre las implicaciones de su traslado, 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 tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que lograra alcanzar durante su vida laboral.

Por consiguiente, es claro que 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 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.

Es importante señalar que si bien para el año 1995 cuando se dio la afiliación al RAIS, la señora NEIRAN ROSA TUBERQUIA USUGA no se encontraba cotizando al ISS, pues había laborado para entidades públicas como el municipio de Fredonia y la Beneficencia de Antioquia, entidades del orden territorial que asumían 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, su retorno debe ordenarse a COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, ya que ni municipio de Fredonia ni la Beneficencia de Antioquia eran administradoras de fondos de pensiones, por lo que a partir de la Ley 100 de 1993 dejaron 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.

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 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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien acertadamente ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores antes referenciados.

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

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

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

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

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

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

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la 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 la actora, 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, ello 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.

Ahora, en lo que respecta a la apelación de **PROTECCIÓN S.A., en cuanto a la procedencia de la orden de devolver las primas de reaseguro de FOGAFÍN** - Fondo de Garantías de Instituciones Financiera, como se indicó en la sentencia de primera instancia, estima la Sala que le asiste razón al recurrente, en cuanto a dicha orden resulta improcedente, toda vez que la conformación de las referidas garantías fue eliminada a través del artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, aparte normativo en el que, por demás, se dispuso que las reservas existentes fueran trasladadas al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas. Aunado a lo anterior, conforme a la línea jurisprudencial referente a la materia, donde se precisa claramente cuáles son los conceptos a devolver por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando se declara la ineficacia del traslado, nada se dispone respecto a las referidas primas de reaseguro, por lo que no existe un fundamento normativo ni jurisprudencial para ordenar su devolución, razón por la que habrá de REVOCARSE en este punto la sentencia de primera instancia, excluyendo dicho rubro de los conceptos a retornar por parte de PROTECCIÓN.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Protección 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, aplicando la siguiente fórmula: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia.

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, **MODIFICANDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **NEIRAN ROSA TUBERQUIA ÚSUGA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 21.738.185 contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**.

¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

SEGUNDO: REVOCA PARCIALMENTE el numeral segundo en lo que se refiere a la devolución de las primas de reaseguro FOGAFIN a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: ADICIONA el numeral segundo 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.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ 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: **NEIRAN ROSA TUBERQUIA USUGA**
Demandado: **COLPENSIONES - PROTECCION S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-022-2019-00820-01.**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **13/10//2023**

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/148> 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 **17/10/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario