



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diecinueve de julio de dos mil veintidós

21-058

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-015-2019-00586-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

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

Conforme memorial allegado con los alegatos se reconoce personería a los siguientes:

- A la doctora **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA** identificada con c.c. 1.152.225.557 de Medellín y T.P. N° 359.508 del C. S. de la J. para representar los intereses de **PORVENIR**, por estar adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal que allegado, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad **PORVENIR S.A.** según escritura pública No. 2291 del 23 de agosto de 2021 la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.
- Al doctor **LUIS EDUARDO GOMEZ SANCHEZ** identificado con C.C. No. 1.061.748.175 y portador de la T.P. No. 339.879 del C.S de la J. para representar los intereses de **COLPENSIONES** conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado principal **RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES**, identificado con c.c. 79.576.294 y TP. 103.505 del C.S. de la J. representante legal de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.**, con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que acompañó, en su calidad de apoderado

judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, de acuerdo con la escritura pública N° 3377 de 2 de septiembre de 2019 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá

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 21** 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 y/o NULIDAD** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes incluyendo los rendimientos que reposen en su cuenta de ahorro individual. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 19 de noviembre de 1964.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS el 23 de julio de 1982 y realizó aportes hasta 31 de enero de 1996 habiendo cotizado 554 semanas.
- ✓ Que ingresó a laborar para DAVIVIR S.A en el cargo de ejecutiva de cuenta en el año 1996.
- ✓ Que el 1 de marzo de 1996 por instrucción expresa de su empleador se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones DAVIVIR, hoy PROTECCION.
- ✓ Que el 23 de junio de 2005 se afilió a la AFP COLFONDOS nuevamente bajo la expresa instrucción de su empleador para ese entonces COLFONDOS.
- ✓ Que el 31 de julio de 2006 pasó a la Administradora de Fondos de Pensiones SKANDIA.
- ✓ Que al ingresar a laboral en el Banco AV Villas el 26 de noviembre de 2008, recibió la instrucción de afiliarse a la Administradora de Fondos De Pensiones PORVENIR.
- ✓ Que en ninguno de sus traslados entre administradoras de fondos de pensiones recibió asesoría en la que le informaran sobre el derecho de retracto, prohibiciones y/o restricciones para cambiarse de régimen pensional, ni las ventajas y desventajas de estos.

- ✓ Que no recibió re-asesoría antes de cumplir los 47 años.
- ✓ Que PORVENIR le informo que su pensión a los 57 años en el RAIS, sin volver a cotizar, sería de \$1.485.100, mientras en el RPM sería de \$4.064.500
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de adquirir el derecho a pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS se allanó a las pretensiones incoadas en su contra, argumentó que para esa época las asesorías se realizaban de manera verbal y por ello no contaba con soportes físicos que pudieran demostrar la información brindada a la actora.

Las restantes entidades llamadas a juicio contrvirtieron el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció OLD MUTUAL y aseguró que como entidad siempre ha cumplido con la normativa que regula los casos de afiliación y/o traslado de régimen pensional, brindándole a la demandante una asesoría sobre las condiciones y circunstancias del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES aceptó como ciertos la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a dicho fondo, la fecha de traslado al RAIS, el número de semanas cotizadas y la reclamación administrativa ante la entidad; frente a los demás indicó que no le constan o no se trata de hechos por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

PROTECCIÓN aceptó que la demandante laboró en DAVIVIR en el cargo de “ejecutiva de cuenta” y que para el año 2019 solicitó a esa entidad los estudios, asesorías y/o análisis realizados al momento del traslado de régimen, los cuales reconoció no poseer con soportes físicos, aduciendo que las proyecciones se hacían de forma personal al momento de la asesoría y para esa época no era obligación guardarlas, aseguró que a la demandante se le informó acerca de la normatividad vigente que regula el traslado de los afiliados, negando así una coacción o inducción en error para efectuar su traslado.

PORVENIR S.A. indicó que la afiliación, cuya efectividad databa del 1 de enero de 2009, cumplió con el deber de información establecido en las normas vigentes para la fecha (efectuó un breve recuento de las mismas), momento en el cual dio una explicación suficiente y veraz en los aspectos que reseña, por lo que medió una afiliación libre, voluntaria e informada.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín determinó lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR, en virtud del ALLANAMIENTO efectuado por el apoderado judicial de COLFONDOS sobre la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, la INEFICACIA de la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, identificada con la cedula de ciudadanía 51.762.420, a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. representada legalmente por Alain Enrique Alfonso Foucrier Viana, o quien haga sus veces a trasladar a COLPENSIONES, representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora, o quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las cuotas de administración que retuvo mientras administró la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, de manera indexada.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, al régimen de ahorro individual con solidaridad en las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., representada legalmente por Miguel Largacha Martínez, a trasladar a COLPENSIONES, representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora, o quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, sin incluir otros conceptos ni cuotas de administración.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero, señaladas en los numerales SEGUNDO y CUARTO de la parte resolutive de esta sentencia, y a activar la afiliación de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, al régimen de prima media con prestación definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

SEXTO: ABSOLVER a PROTECCION S.A., representado legalmente por Juan David Correa Solórzano, y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., representada legalmente por Santiago García Martínez, o quien haga sus veces, de trasladar a COLPENSIONES, las cuotas de administración que hubiere retenido en el tiempo que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Finalmente condenó en costas a todas las entidades accionadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803 a cargo de cada una y a favor de la demandante.

Dentro del término concedido por la ley, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. interpusieron y sustentaron 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, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar, pues estimó que

solo procedía devolver los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, sin incluir ningún concepto diferente como cuotas de administración, salvo respecto de la entidad que se allanó.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. COLPENSIONES

Destacó que era un tercero ajeno a ese negocio jurídico, del cual no podía verse perjudicada por el error en el cual incurrió la demandante. Adujo que la afiliación al RAIS fue un acto libre y voluntario, tornándose infundadas sus manifestaciones al no existir dolo o culpa, ni ejercer algún tipo de fuerza o constreñimiento al momento de la suscripción del formulario.

De otro lado, expuso que conforme a la sentencia SL 4964, SL4989 de 2008 y SL1421 del 2019, se debía ordenar a Porvenir que, además de los aportes y rendimientos, traslade los gastos de administración, así como los conceptos a título de descuentos para el fondo de garantía mínima y cuotas de seguro provisional, y en general todas aquellas deducciones, dinero que debía ser retornado de manera indexada.

2.2.2. COLFONDOS

Solicita que se revoque la condena impuesta al no haberse formulado ninguna pretensión en su contra, advirtiendo que tampoco fue incluida en la fijación del litigio, menos aún debatida en el proceso y por ende, ni utilizando las facultades ultra y extra petita, debió haberse proferido una condena en su contra, dado que tal decisión comportaba una violación al principio de congruencia y contrariaba no sólo el equilibrio de las cargas procesales de las partes, sino además los reiterados pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, toda vez que cada AFP que hubiese administrado los recursos pensionales de los afiliados, NO debía devolver conceptos diferentes a aportes y rendimientos por el periodo de afiliación a cada una de ellas, recalcando que NO era posible ordenar el retorno de cuotas, aportes y mucho menos los rendimientos que tenían un factor de actualización plenamente establecido en la ley, de lo contrario se estaría ordenando un incremento sobre otro incremento, de ahí que la indexación estaría más que cubierta con los rendimientos. Tampoco había sido un tema tratado por la jurisprudencia.

Que si bien dichos actos se declaraban ineficaces, lo cierto es que esas afiliaciones permanecieron válidas por mucho más de 20 años durante las cuales produjeron unos efectos jurídicos, válidos hasta hoy. Considera que NO podíamos ser ajenos a las realidades fácticas y jurídicas que se

generan en el mundo fenomenológico, pues las AFP cumplieron con el deber de administrar la cuenta de la demandante, y gracias a su óptima inversión produjeron unos rendimientos en la cuenta individual, de ahí que el fallador también debía aplicar los principios constitucionales de equidad y de justicia, pues se entiende que si se va a trasladar todos los rendimientos, no existiría la obligación legal de trasladar las cuotas de administración, dado que fue gracias a estos manejos que se generaron los altos rendimientos generados en las cuentas de ahorro individual, siendo los gastos de administración muy inferiores a los rendimientos, últimos que a su vez eran muy superiores a lo que se hubiese podido generar en el régimen público, siendo la razón de ello el que los fondos privados tenían la libertad de invertir tanto en la economía nacional como internacional, en gas o en petróleo, energía o grandes superficies, insiste, inexistentes en el fondo público (en atención a la naturaleza de sus inversiones, que estaba más limitada).

Asentó que si se desconocían los efectos ocurridos en el mundo fenomenológico, tendrían que imaginarse que no existieron las cuentas de ahorros y que tampoco los rendimientos de las mismas; que si se realizaba una lectura del Decreto 255 de 2010, se advertiría que los gastos de administración tenían una específica en 11 ítems, de los cuales uno es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para comprar los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los otros 9 destinados únicamente para la realización de las inversiones, efectuadas por los fondos privados y generadores de los rendimientos depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, los cuales sí integraban las cuentas.

Que conforme el decreto en mención, la administración de tales recursos era vigilada por la Superintendencia Financiera, estipulando que los fondos de pensiones debían garantizar una rentabilidad mínima, de lo contrario sus socios estarían obligados a responder con su propio patrimonio, de ahí que existiesen mecanismos suficientes para que los fondos efectuaran un buen uso de estos gastos de administración, razón que aunada a las que preceden, debían impedir la devolución de los gastos de administración, menos aun cuando la persona transitó entre varias administradoras del RAIS, restringiendo la devolución a sólo uno de ellos.

Añade que tales deducciones NO son invenciones de los fondos privados, se hacen y seguirán haciendo porque la ley así lo prevé, incluso en ambos regímenes.

2.3.ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en todo lo desfavorable. Aduce que es un tercero ajeno al negocio jurídico respecto del cual se pretende la ineficacia, por lo que NO podía verse perjudicado por el error en el cual incurrió el demandante. Igualmente era claro que la afiliación al RAIS fue un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades, por lo que el afiliado no podía presentar una actitud 100% pasiva, no resultando admisible que después de tantos años se interesara por su situación pensional, al considerar que no se cumplían sus expectativas económicas de pensión.

Posteriormente realizó algunas consideraciones sobre periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, citando apartes de la sentencia C- 1024 de 2004 y la T-489 de 2010 puntualmente respecto de la constitucionalidad de la norma que limitaba el traslado de régimen pensional, cuando al afiliado le faltaban diez años o menos para arribar a la edad mínima pensional, limitante que propendía por garantizar la solidez financiera del sistema pensional, permitiendo el traslado ante el cumplimiento en un 75% de las cotizaciones, pero con la obligación de llevar a él la totalidad del ahorro realizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), sin que este ahorro sea inferior al que se hubiera alcanzado al permanecer en el de Prima Media con Prestación Definida.

Sobre la sostenibilidad financiera, añade que:

Así las cosas el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva; por todo lo dicho debe tenerse en cuenta que respecto las cuotas de administración la sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020...

El Artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, señala: "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas."

El artículo 334 de la Constitución Política, señala que "La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica", en ese orden de ideas, es necesario que, dando prevalencia al interés general sobre el particular, se tomen las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional, conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado; por lo que se tiene que cumplimiento de sus deberes, el Estado Colombiano debe propender hacia la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme se ha dispuesto en la Carta Política, la Ley y los Convenios Internacionales suscritos por aquel.

Por otra parte, ya en lo atinente al acto jurídico de traslado de régimen pensional, se debe destacar que sobre este debe imperar el efecto relativo de los contratos (Art. 1602 C.C.), por lo cual, los efectos del negocio jurídico, deben favorecer o perjudicar a las partes que en él intervienen y en el caso particular, la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, no ha tenido injerencia alguna en la decisión adoptada por el actor para efectos de su paso hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como para su permanencia, permitiendo, como era su deber, la movilidad en el Sistema General de Pensiones, lo que impide que lo pactado entre la parte demandante y la Administradora de Fondos de Pensiones privado, repercuta en contra de Colpensiones.

En lo que respecta a las costas procesales adujo que NO tenía soporte esta condena por decretarse la ineficacia del traslado de régimen, pues la entidad obró de buena fe y actuó según las características filosóficas de sus funciones, sin que pudiera ejecutar hechos prohibidos por la ley y mucho menos violar su propio reglamento. Destaca que no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste para la administración.

En síntesis, el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a diez años o menos de la edad mínima pensional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema, a la par que pondría en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Arts. 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia; y Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 T – 489 de 2010 y SU-062 de 2010). Pues, las consecuencias de la ineficacia en el traslado no pueden ser extendidas a terceros, en este caso, a Colpensiones y sus afiliados, de modo que el Régimen de Prima Media no debe asumir sanciones por el actuar de la parte demandante y de los fondos privados.

2.3.2. ALEGATOS COLFONDOS

Solicita la revocatoria parcial del fallo en el sentido de que se absuelva a esa entidad en lo atinente al traslado de gastos de administración, comisiones y gastos por aportes a la garantía de pensión mínima, sustentando su posición en lo consagrado en el literal B del artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido y con fundamento al Decreto 2555 de 2010, añadió que, los gastos de administración tienen una destinación específica en ítems de los cuales 1 es para garantizar la defensa judicial del fondo, otro es para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los otros 9 son destinados únicamente para realizar las inversiones que realizan los fondos privados, que generan la rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados y que a su vez el manejo de estos recursos son vigilados por la Superfinanciera.

Señalo que esos descuentos se dan por ministerio de la ley y son de carácter estatal, a su parecer se debió haber vinculado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues de lo contrario se estaría obligando a devolver un dinero que ya recibió un fondo público, generando así un enriquecimiento sin justa causa, haciendo la advertencia de que la sentencia no pueden ser ajena a las realidades fácticas que se generaron en el caso, las administradoras del RAIS cumplieron con el deber de administrar la cuenta de la demandante y consideró que fue gracias a su optima inversión la producción de tales rendimientos y por ende el fallador debe aplicar también principios constitucionales de equidad y justicia.

2.3.3. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Tras hacer un recuento de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, señalo de manera expresa que:

“Son puntos materia de la apelación la declaratoria de ineficacia y traslado de aportes efectuados junto con sus rendimientos financieros e intereses por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y Colfondos S.A.

Por lo anterior, se debe confirmar por parte del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en caso de mantener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la parte actora, la condena a trasladar los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos financieros e intereses, absolviendo a Porvenir S.A., del traslado de las cuotas de administración e indexación solicitado por la parte actora.

En primer lugar, es importante señalar que toda decisión judicial o administrativa de traslado de régimen pensional debe tener en cuenta el objetivo constitucional de estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional, pues no es viable efectuar traslados sin el monto de aportes necesarios en cada régimen; en segundo lugar, el mantenimiento del orden legal, por lo que es imperioso hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar o conceder solicitudes de traslado aun cuando los demandantes no cumplan los requisitos legales; y, en tercer lugar, las decisiones deben apoyarse en criterios técnicos que determinen que no se generará una afectación al Régimen de Prima Media con prestación Definida, esto último, a la luz de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

En lo que tiene que ver puntualmente con el traslado de recursos entre los regímenes pensionales, la Superintendencia Financiera ha manifestado que deben efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008. Esta disposición normativa debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que, desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado. (Se adjunta concepto).

Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de esta. Lo anterior en la medida en que dichos descuentos fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la parte demandante, los cuales fueron trasladados en su totalidad junto con sus cotizaciones a su AFP actual.

En efecto, cuando el legislador impuso a las Administradoras de Fondos de Pensiones las obligaciones consagradas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994 fue precisamente con la

finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio de la afiliada para que sirva al cumplimiento de la finalidad a la que se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.

Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un deterioro al patrimonio de la afiliada la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en que incurre la AFP para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por aquél.

Por todo lo antes expuesto, en caso de mantener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la parte actora, se solicita respetuosamente se confirme la absolución de Porvenir S.A., de traslado hacia Colpensiones de las cuotas de administración solicitadas por el demandante y la indexación”.

3. DETERMINACIÓN 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 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. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a COLFONDOS S.A.

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 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.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA 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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta 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 3 de enero de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION (fl 45 del archivo 01 del expediente digital), 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 por la injerencia de su empleador para acceder o conservar un puesto de trabajo.

Expresamente la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA en el aludido interrogatorio expuso que, aunque hoy es profesional economista y que actualmente labora en COFIDU, para el momento de su traslado primigenio no contaba con dicho estudio universitario, sólo con un curso del SENA, rememoró que ingresó a laborar en DAVIVIR ya que para esa época los fondos privados estaban en auge, que en la documentación para la vinculación laboral le allegaron también el formulario de traslado de fondo, narró que le indicaron que se “debía poner la camiseta” y al estar trabajando para esa entidad debía comprometerse con la empresa y por lo tanto afiliarse al mismo fondo. Que NO fue asesorada, ni le informaron acerca de los rendimientos que se generarían en su cuenta de ahorro individual, que siendo madre soltera, se sintió forzada para realizar el cambio de AFP y así acceder al empleo y que allí solo se desempeñó como cobradora o auditora de cartera.

Sobre la MOVILIDAD indicó que, de igual manera, en todos los lugares donde laboró tenían la misma directriz, existía la misma reunión donde le imponían la afiliación como condición para emplearla. Que cuando ingresó a trabajar para el BANCO DE CREDITO le exigieron afiliarse a SKANDIA, cuando se pasó a trabajar al BANCO AV VILLAS le impusieron afiliarse a PORVENIR S.A. Que aunque terminó sus estudios como economista para el año 2002, solo contaba con conocimientos mínimos acerca del mercado de valores y desconocía los requisitos para pensionarse en un fondo privado, pero al estar próxima a la edad de pensión adquirió interés acerca de su situación y hoy quiere retornar a Colpensiones para obtener 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 a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A, 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 lograrse 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.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la MOVILIDAD entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA, quien se afilió a DAVIVIR hoy PROTECCION en enero de 1996 (fl 38) a COLFONDOS el 23 de junio de 2005 (fl 43) SKANDIA en julio de 2006 (fl 48) y PORVENIR el 26 de noviembre de 2008 (fl 53) pues, de un lado,

importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría 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. No obstante, ello NO fue precisamente lo que aconteció en este caso, dado que a voces de la actora el cambio entre una y otra entidad comportó una imposición del empleador de turno.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia

y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

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 la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Porvenir devolver el dinero depositado en la cuenta de ahorro que actualmente administra, y el retorno de los gastos de administración indexados los circunscribió al tiempo que la afiliada permaneció en Colfondos, cuando conforme el claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre, debe extenderse la misma orden a la totalidad de administradoras del RAIS por las que trasegó la usuaria, claro está, limitado al tiempo en que permaneció en cada una, y así se dirá en la parte resolutive del fallo, dinero que por demás debe ser debidamente indexado por parte de las AFP PRIVADAS, 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: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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, contrario a lo planteado por una de las recurrentes, 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.

Y en cuanto a la INDEXACIÓN, 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, todas las administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas que en primera instancia que se impuso a COLPENSIONES, resulta pertinente indicar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General de Proceso, inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, dado que sólo se examinaba si había salido avante la totalidad o no de las pretensiones, sin atender la buena o mala fe de la entidad. Sin embargo, tal posición fue morigerando en casos en los que no había sido la conducta de la entidad la que originó el conflicto que hoy se pone en conocimiento de esta Sala, máxime cuando la postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento ha dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

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.*

De ahí que cualquier decisión de Colpensiones tendiente a negar administrativamente el traslado que judicialmente solicitó la accionante, no resulte caprichosa, sino que proviene de la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003 en torno a la imposibilidad de trasladarse entre régimen cuando un afiliado se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse.

Tal criterio se adoptó con ocasión de la expedición de la sentencia con radicado 44.454 del 2 de octubre de 2013, debate que se dio desde la óptica de la improcedencia de los intereses moratorios en aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo dentro de los plazos estipulados, se encontraran justificadas.

Mutatis mutandis, se ha aplicado dicho criterio PERO UNICAMENTE respecto de las costas procesales que se tasan en primera instancia a cargo de Colpensiones, no así respecto de las administradoras del RAIS accionadas, pues lo que en este aspecto se analiza no es precisamente la negativa de la respuesta a un derecho de petición, sino los efectos de una afiliación a otro régimen, es el actuar u omisión de aquellas en el que cimienta la necesidad de un afiliado de activar el aparato judicial en aras de obtener la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico, habiendo salido avante las pretensiones que en tal sentido se incoaron, razón que aunada a las que preceden impiden a esta Magistratura imponer condena en costas a Colpensiones, razón por las que se REVOCARÁN las tasadas a su cargo en 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, **modificándola, adicionándola y revocándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a COLFONDOS a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia algunos de los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

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 3 de diciembre de 2020 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 51.762.420 contra **PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS, SKANDIA, PORVENIR. y COLPENSIONES**.


SEGUNDO: MODIFICAN los numerales segundo y cuarto del fallo bajo el entendido que PORVENIR S.A 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, última orden que también se extenderá a PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLFONDOS S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibieron durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada uno, incluyendo el lapso en que estuvo en Davivir (hoy Protección), montos que serán debidamente INDEXADOS por todas las administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, últimos aspecto en el que se **ADICIONA** la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante. Se **REVOCA** las tasadas en primera instancia a cargo de Colpensiones.


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

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	MARTHA PATRICIA VARGAS PEÑA
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-015-2019-00586-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	19/07/2022

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 21/07/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario