



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, diecinueve de julio de dos mil veintidós**

#### **21-298**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **DIANA DEL CARMEN MOLANO ORTIZ**  
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR**  
Radicado No.: 05001-31-05-007-2020-00222-01.  
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 PORVENIR contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 021** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos

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

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

Solicita la demandante, tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto a la totalidad de rendimientos. Consecuencialmente solicita que se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 23 de febrero de 1966.

- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS en el mes de noviembre de 1996, habiendo cotizado 238 semanas en dicho régimen.
- ✓ Que se afilió con la AFP PORVENIR a partir de julio de 2001.
- ✓ Que para el año 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN.
- ✓ Que en ninguno de los fondos en los cuales estuvo afiliada le brindó una adecuada asesoría y que incumplieron con su deber legal de información.
- ✓ Que desea retornar al RPM luego de conocer una proyección pensional emitida por PROTECCIÓN S.A. considerando que le es más beneficioso estar en el fondo de naturaleza público que en el RAIS.
- ✓ Que según cálculo de simulación pensional por parte de PROTECCIÓN a los 57 años gozaría de una mesada pensional de un salario mínimo.
- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPM.

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

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

En primer lugar, se pronunció PROTECCIÓN indicado que solo aceptaba como cierta la fecha de nacimiento de la actora, que no cuenta con documentación física acerca de las asesorías brindadas al momento de la. Por otro lado, negó el incumplimiento al deber legal de información y de diligencia que impone su responsabilidad profesional, sostiene que siempre se ha caracterizado por su buena fe y profesionalismo en todas sus actuaciones, capacitando a sus asesores para brindar asesorías en forma completa, diligente transparente, veraz y responsable.

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

Finalmente PORVENIR S.A. afirmó que la afiliación de la demandante con esa entidad fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales.

### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo para el efecto los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, exceptuando las comisiones de administración y los seguros previsionales, dinero que Colpensiones debía reflejarlo como semanas en la Historia Laboral de la accionante.

De otro lado condenó a PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A a pagar las costas del proceso a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$1.817.052 para PROTECCION y \$1.817.052 a cargo de PORVENIR.

Dentro del término concedido por la ley, COLPENSIONES y PORVENIR 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, carga de la prueba que el fondo no cumplió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas por la Sala de Casación Laboral. No obstante lo anterior, excluyó de los montos a retornar las cuotas de administración y primas de seguro previsional pagado a un tercero al considerar, de un lado, que fue un descuento realizado en virtud de una gestión legal que generó rendimientos por el manejo fiduciario y diligente de los recursos, y de otro, que parte de ese dinero fue destinado a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivientes, además de que dichos dineros están en manos de terceros.

### **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN**

#### **2.2.1. APELACIÓN DE COLPENSIONES**

Solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a las demandadas trasladar a COLPENSIONES el 100% de las cotizaciones realizadas sin descuento alguno, esto es que, además de los aportes y rendimientos, trasladar también los gastos de

administración y las cuotas de seguro previsional de conformidad a la sentencia hito SL 81989 de 2008. Afirmando que todo el avance jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al Artículo 48 constitucional y con el fin de mantener el equilibrio y sostenibilidad financiera.

### **2.2.2. APELACIÓN DE PORVENIR**

Manifestó que debía revocarse la declaratoria de ineficacia de traslado, precisando que la demandante se encuentra bajo una prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 literal e del artículo 2 y 11, la cual ha sido impuesta para proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Sostuvo que la AFP entidad brindó y aceptó esa solicitud de traslado que emanó de ese libre albedrío dispuesto por la demandante con la suscripción del formulario de afiliación, el cual fue aceptado en los términos del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, sin que se le dé plena validez a ese formulario de afiliación que fue suscrito por las demandante conforme al acervo probatorio, advierte que debe precisarse que sus formularios de afiliación cumplen con los criterios del artículo del Decreto 692 del año 1994 Artículo 11, que estos formularios de afiliación demuestran en la realidad procesal quiénes decidieron suscribir dicho formulario y que en ningún momento solicitaron alguna oposición ni tachado de falso. Consideró que no se puede dejar de lado los deberes que tiene el consumidor financiero, es decir los afiliados y los cuales están integrados por el Decreto 2555 del año 2010, y que hoy están siendo desconocidos con esta providencia.

Aseguró que la actora en ningún momento presentó alguna inconformidad, queja, denuncia en contra de ese formulario de afiliación o las actuaciones que había realizado esa entidad, que el motivo de retorno a COLPENSIONES es una aspiración meramente económica lo cual en ningún momento las demandantes adujeron y demostraron que mi representada haya atentado contra ese libre ejercicio de escogencia de régimen pensional. Que además como entidad han actuado conforme a los criterios de ley, de buena fe y una debida administración sobre las cuentas de ahorro individual, brindando todos los canales de información tanto físico, tecnológicos o en su caso dado telefónicos, para generar cualquier aclaración a las partes actoras, circunstancias que no fueron agotadas por las mismas.

Expuso que esos traslados horizontales demuestran actos de relacionamiento de la actora y su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual tal como lo ha sido tratado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 410 y 413 del año 2018 y más actualmente SL 2753 del año

2021. Solicito que de considerarse esa ineficacia de traslado, una adición respecto a las costas, teniendo en cuenta que no está siendo objetiva esa condena en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso ya que se está condenando a los fondos privados a esta condena y no a la totalidad de las partes vencidas del proceso, razón por la cual solicitó que se de aplicación al principio de objetividad y compatibilidad en los términos de la sentencia C 157 del año 2013 de la Corte Constitucional, ya que a su juicio esta condena en costas no resulta de un obrar temerario sino del resultado de ser parte vencida dentro del presente proceso y cómo se observa COLPENSIONES también hace parte vencida dentro del proceso .

## **2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **2.3.1. ALEGATOS COLPENSIONES**

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia. Considera que no se afectó el derecho a la libre escogencia consagrado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues conforme la declaración de la actora, los fondos le ofrecieron una información suficiente que le generaron un grado de confiabilidad que la llevó a optar por pertenecer a dicho régimen, voluntad materializada con la suscripción del formulario de afiliación.

Señalo que así como las aseguradoras tienen la carga de informar a los asegurados, los afiliados de que pertenecen al Sistema General de Pensiones tienen un serie de responsabilidades entre las cuales está el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones al cual quieren pertenecer, aprovechar los mecanismos de divulgación de información que suministren los fondos y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones conforme lo establece el ley 1328 de 2009, concluyendo que existen también deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado; por tanto, la obligación de información no recae exclusivamente en las AFP, es deber del Consumidor Financiero asesorarse de la mejor manera posible para tomar una adecuada decisión.

Añadió que la demandante no puede ser trasladado nuevamente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues es claro que como lo manifiesta la norma, ya supero la edad permitida por la Ley para realizar el cambio de Régimen, advirtiendo además que dicha pretensión desestabilizaría el sistema financiero del régimen de prima media, conforme fue establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C -1024 de 2004.

Resalta que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso lo es Colpensiones, a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, a más que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional, sustentando su posición con apartados de la inoponibilidad Sala de Casación Civil .

Indicó, que las entidades de Seguridad Social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento, sino que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social y que, además:

*“En este caso, la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado, no sólo se deben enmarcar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros, en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del RPM que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional, y que si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPM, no es menos cierto, que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño y por virtud de la operancia de la inoponibilidad.*

*Así pues, en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económicas, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales.*

*No obstante, y de considerar la sala que es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado, Solicito a los honorables Magistrados de la sala, MODIFIQUE sentencia en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCION y a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos y el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, traslade también los valores descontados por cuotas de seguro previsional y todos los gastos de administración a que hubo lugar durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada a estas administradoras, sumas que deberán ser debidamente indexadas.*

*Ello si se tiene que en sentencia SL 81989 de 2008 que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado, se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están aportas de pensionarse y es la entidad que represento quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas”.*

### **2.3.2. ALEGATOS DE PORVENIR**

Tras realizar un recuento de lo acontecido en el proceso, indicó que debía revocarse en su integridad la sentencia proferida toda vez que el demandante no había acreditado un vicio en el

consentimiento, ni ninguna de las causales previstas en el art. 1741 del CC, por lo que el acto de vinculación al RAIS fue eficaz, aunado a que el incumplimiento del art. 271 de la Ley 100 de 1993, bajo las intenciones que allí se mencionaban, únicamente implicaba la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo y en todo caso se estaban acogiendo presupuestos de diferentes codificaciones sin que resultara viable escindir compendios normativos. Tampoco era dable acudir a lo previsto en el art. 899 Código del Comercio.

Recuerda además que la afiliación reposa en un documento público que se presumía auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, y contenía la declaración estipulada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, por lo que no se le debía restar valor probatorio.

Agrega que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo normado en los artículos 1742 y 1743 ibídem, por la ratificación tácita de la demandante, debido al tiempo de permanencia en el régimen privado, debiéndose privilegiar su inequívoca voluntad.

Destaca que garantizó el derecho de retracto, que la vinculación realizada fue de forma libre y voluntaria, brindándose una información oportuna y completa, que cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía su poder como el formulario de afiliación, que jurídicamente no es viable imponerle cargas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado, que el afiliado contaba con diferentes canales de comunicación, que debía realizarse un análisis conjunto y crítico de todas las pruebas, que el contrato era ley para las partes y debía producir consecuencias respecto de quienes lo celebraban.

Posteriormente recalca que no se podía confundir la ineficacia de un acto jurídico (acto que no produce efectos) con la nulidad absoluta, como de manera general se hacía, realizando algunas consideraciones en torno los aspectos característicos de cada figura.

Que de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no podía olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que debían trasladarse cuando existía el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impedía que legalmente pudiera ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma, máxime si ningún otro valor estaba destinado a financiar la prestación, so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; que ordenar el reintegro de los gastos de administración o las primas de seguros,

es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Posteriormente aclara que:

*Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada, es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.*

*Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.*

*Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).*

*En cuanto a las pautas que da el segundo inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, "según las reglas generales", que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.*

*Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante, se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable."*

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Colfondos S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.



Finalmente destaca un razonamiento plasmado en un salvamento de voto según el cual se tenían que tener en cuenta las particularidades de cada asunto porque *“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”*.

Por las anteriores consideraciones, solicita que se analice las circunstancias particulares pues aduce que no se acreditaron presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, aunado a que cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por el demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

### **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 a las AFP accionadas retornar y si es procedente la condena en costas a cargo de Porvenir.

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:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, 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 marzo de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR (fl 50 del archivo 5 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 DIANA DEL CARMEN MOLANO ORTIZ en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniera de sistemas, tecnóloga como delineante de arquitectura e ingeniera y especialista en responsabilidad estatal, y que actualmente labora para el municipio de Envigado en la parte de impuesto predial y valorización. Respecto a su traslado primigenio rememoro que cuando ingreso a laborar para el municipio de Envigado, le dijeron que el ISS estaba muy mal y se iba acabar, señaló que “ellos” hicieron un convenio con PORVENIR y le dieron la directriz de cambio de régimen, que desde su dependencia le enviaron los formularios para firmar sin mediar ningún tipo de asesoría, siendo esta gestión realizada por medio del área de talento humano y por ende nunca recibió charla de ningún asesor, aseguró que nunca le dijeron que se podía acercarse a dependencias PORVENIR con el fin de obtener información o aclaración de dudas, dijo que no sabe acerca del funcionamiento del RAIS, que son los aportes voluntarios o demás características de dicho régimen, no recuerda que le hayan dicho que le iban a crear una cuenta donde iban a reposar sus aportes y que además estos iban a generar unos rendimientos.

Sobre la MOVILIDAD mencionó que de igual manera el municipio para el cual laboraba le daba las respectivas directrices para que se trasladara entre AFP, aunando en que solo recibía los formularios de afiliación junto con libretas y lapiceros al fondo que se debía inscribir sin mediar ningún tipo de asesoría durante su estancia en el RAIS.

Agregó que después de cumplir los 47 años de edad, al acercarse a las oficinas de PROTECCIÓN a consultar sobre su situación pensional, uno de los asesores de esa entidad le informó que al momento de jubilarse en el RAIS iba obtener mesada pensional de salario mínimo, además le dijo que en los sistemas no estaba consignado registro de alguna asesoría realizada antes de que cumpliera los 47 años de edad, donde se supone que le correspondían informar acerca del derecho de poder retornar al fondo de naturaleza público y donde además según ese asesor le debieron advertir que en el RPM iba a obtener una mejor pensión, advirtiéndole que al conocer esta información se preocupó por su futura calidad de vida y por lo tanto optó por buscar asesoría jurídica.

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 la AFP PORVENIR, 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.

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 DIANA DEL CARMEN MOLANO ORTIZ, quien según registro SIAFP (fl 75 del archivo 10 del expediente digital) se afilió a PORVENIR en junio de 2001, pasó a ING en noviembre de 2002, retorno a PORVENIR en octubre de 2003, luego volvió a ING el 12 de diciembre de 2005 y luego se afilió con PROTECCION en diciembre de 2012, entidad en la que actualmente permanece, 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.

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, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PROTECCIÓN devolver solo los recursos de la cuenta de ahorro y los aportes al Fondo de garantía de pensión mínima, no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, además también deberá extenderse la condena a PROTECCIÓN de devolver las cuotas de administración por el tiempo que estuvo afiliada la actora en ING fondo que fue fusionado con la demandada

Así mismo, se **ADICIONARÁ** la sentencia en el sentido que la orden de devolver cuotas de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) se extiende a PORVENIR durante el tiempo que la demandante permaneció en dicho fondo, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores

a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es PROTECCION., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en, PORVENIR S.A. y en el lapso que estuvo en ING hoy Protección S.A en virtud de su fusión.

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.

Así mismo, estima la Sala que debe ordenarse la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, por lo que es procedente **ADICIONAR** el fallo toda vez que la juez omitió indicar 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, debían ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP demandadas, 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:  $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final} - \text{índice inicial}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital}$ . 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 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 el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

En otras palabras, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

En cuanto a los rendimientos causados, los mismos NO están 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.

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

Finalmente en cuanto a la oposición a la **CONDENA EN COSTAS** que en primera instancia se impuso a PORVENIR, 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 se ha ido morigerando en casos en los que no ha sido la conducta de la entidad la que origina 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.

De ahí que cualquier negativa de Colpensiones tendiente a negar administrativamente el traslado que judicialmente solicitó la accionante, no resulte caprichoso 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 ha ido adoptando con ocasión de la expedición de la sentencia con radicado 44.454, debate que se dio desde la óptica de la improcedencia de los intereses moratorios en aquellos eventos en que 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 PORVENIR, 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 la administradora del RAIS el que cimenta 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 extender a PORVENIR el criterio de exoneración de costas, pues pervive para la misma ese deber de información, cuyo cumplimiento no acreditó.

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 y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR S.A, por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijará como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la accionante .

## 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 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **DIANA DEL CARMEN MOLANO ORTIZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.889.291 contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR. y COLPENSIONES**.

**SEGUNDO: MODIFICA** el numeral tercero del fallo bajo el entendido que **PROTECCIÓN** trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) los cuales deben ser **indexados** a la fecha de pago y sin aplicar equivalencia alguna, lo cual incluye el tiempo que la actora permaneció afiliada a ING, fondo fusionado con la demandada. Así mismo se **CONDENA** a **PORVENIR S.A.** trasladar a COLPENSIONES los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje

destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibió durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a dicho fondo, los cuales deberán ser **indexados**. E igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por las AFPs con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A, se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la accionante.

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

**Los magistrados**  
(Firmas escaneadas)



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**