



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, siete de octubre de dos mil veintidós

22-013

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **GLORIA LONDOÑO RESTREPO**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-013-2021-00054-01.**
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

Link: [22-013 \(013-2021-00054\)](#) expediente digital

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 las demandadas contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Conforme al memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería a la Dra. PAOLA GAVIRIA QUINTERO identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.039.452.139 y Tarjeta Profesional Nro. 221.371 expedida por el C.S. de la J., para que continúe representando los intereses de Colpensiones en los términos de la sustitución otorgada por el apoderado principal Dr. FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, representante legal para procesos de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 30** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a 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 el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, comisiones, cuotas de administración, seguro previsional, aportes al fondo de solidaridad pensional. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas.

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

- ✓ Que nació el 19 de diciembre de 1965, por lo que para el 2020 contaba con 55 años de edad y más de 1.698 semanas cotizadas.
- ✓ Que estuvo vinculada al extinto ISS hasta el mes de octubre de 1995, cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCIÓN.
- ✓ Que los asesores de Protección le manifestaron que la entidad privada era mejor opción ya que el ISS se iba acabar y podía quedarse sin pensión; sin embargo no le hicieron un estudio individual previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión, objetivar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni le hablaron de la existencia del riesgo financiero o de que las pérdidas las asumiría el afiliado.
- ✓ Que no le hicieron reasesoría pensional, ni un comparativo entre ambos regímenes que le permitiera determinar la conveniencia del traslado.
- ✓ Que de estar en el RPM obtendría una mesada pensional más beneficiosa que la proyectada en el RAIS.
- ✓ Que solicitó ante Colpensiones el retorno al régimen de prima media, obteniendo por parte de esta entidad respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aceptando los hechos relativos a la edad de la actora, la afiliación al ISS y su posterior traslado al RAIS. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constan o que se trata de apreciaciones de la parte actora que serán objeto de debate probatorio.

PROTECCIÓN S.A aceptando únicamente la fecha de nacimiento de la demandante. De otro lado negó el incumplimiento del deber de información y buen consejo, aduciendo que esa entidad

siempre se ha caracterizado por su buena fe y profesionalismo en todas sus actuaciones, capacitando constantemente a sus asesores para que brinden asesorías en forma completa, diligente, transparente, veraz y responsable, informando sobre todas las características del RAIS que enlistó.

En cuanto a PORVENIR el juzgado dio por no contestada la demanda por auto del 27 de mayo de 20221 por no haberse hecho dentro del término oportuno.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de enero de 2022, el Juzgado Trece 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 PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01 de julio de 2000 exclusivamente por su afiliación, con los rendimientos que se hubiesen causado, incluidos los aportes a garantía de pension mínima y los valores utilizados en seguros previsionales. Además, ORDENÓ a PROTECCION trasladar a COLPENSIONES en el mismo término, los gastos de administración retenidos a partir de 1° de noviembre de 1995 hasta el 30 de junio de 2000. Así mismo ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero y reactivar su afiliación en el sistema.

Condenó en costas a PORVENIR S.A y a PROTECCION S.A fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 en favor de la parte actora, la cual le correspondería a cada entidad el pago de \$1'000.000.

Dentro del término concedido por la ley todas las entidades demandadas interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz,

lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. DE PORVENIR

Expuso que para al momento en que la demandante se vinculó con Porvenir, esa entidad cumplió con el deber de información establecido para la época, consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues el momento en que la afiliada realizó el traslado horizontal a Colpatria y posteriormente lo hizo a la AFP Porvenir no se encontraba vigente el Decreto 2241 de 2010, ni contaba con el desarrollo jurisprudencial actual.

Así mismo, indicó que debe tenerse en cuenta que las administradoras no tenían la obligación de guardar algún material probatorio o archivo en el que diera cuenta que efectivamente se prestó una asesoría, resaltando que era usual para las administradoras de fondos de pensiones y sobre todo para Porvenir, que brindaran asesoría completa sobre las ventajas y temas del interés del afiliado para captar su atención y que efectivamente efectuara su traslado al RAIS, por lo tanto, el que la demandante haya manifestado en su interrogatorio, que su traslado se debió a que le hayan dicho que era mejor o más ventajoso una administradora de fondo de pensiones sobre otra, no evidencia que los fondos hayan incumplido el deber de información, en consideración de la inversión de la carga de la prueba de una circunstancia que se remonta a muchos años y los fondos no tienen como probarla.

Resaltó que conforme lo indicado en el interrogatorio, lo que motivó a la demandante a promover el proceso de ineficacia es la diferencia de la prestación económica que pudiera obtener en uno u otro régimen, no siendo esta una motivación válida para declarar la ineficacia de la afiliación, ya que esto no es prueba de la omisión del deber de información, por lo que debe concluirse que el acto de traslado de régimen es válido, el traslado horizontal a Porvenir es válido ya que cumplió con la normatividad vigente y no pesa sobre ello vicio que lo invalide.

Finalmente indica que de confirmarse la sentencia de primera instancia se debe revocar la orden de retornar las cuotas de administración y demás emolumentos, pues estos se destinaron a cubrir los gastos para la generación de frutos y rendimientos de la cuenta de ahorros de la demandante, valores que no se descontaron de manera caprichosa sino en cumplimiento de las sesiones fiduciarias del fondo de pensiones.

2.2.2. DE PROTECCIÓN

Indicó que se debe revocar la orden de retornar los dineros descontados por cuotas de administración y los destinados a seguros previsionales, ya que fueron descuentos realizados de manera legal y vigente según predisposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, comisiones causadas y pagadas a terceros de buena fe, como son las aseguradoras, ello sin desconocer las consecuencias de la ineficacia de retrotraer las cosas al estado inicial, señaló que no puede desconocerse que esa entidad administró los recursos de la demandante desde el año 1995 hasta el año 2000, realizando una excelente y oportuna gestión de los dineros, logrando la obtención de unos rendimientos significativos en la cuenta de ahorro individual, los cuales fueron trasladados a la AFP Colpatria – Horizonte, cuando la afiliada se trasladó a esa entidad, insistiendo en que se le permita conservar el porcentaje de administración, ya que en todo caso, fueron cuotas descontadas por una administración de dineros que a su vez no hizo Colpensiones y que son descuentos que se hacen en ambos regímenes

2.2.3. APELACIÓN COLPENSIONES

Solicitó adicionarse al numeral tercero que la AFP Protección haga también devolución a lo correspondiente a seguros previsionales y descuento de garantía de pension mínima por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esa entidad y no solo lo correspondiente a las cuotas de administración.

Por otro lado, indicó que todos los valores a retornar debían ser indexados con base al principio de estabilidad financiera estipulado en el artículo 334 de la Constitución Política, el cual fue modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 y además trayendo a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 1688 de 2019, teniendo en cuenta la prevalencia del interés general sobre el particular, se deben tomar las medidas necesarias y pertinentes en busca de la protección de los recursos que soporta el sistema pensional, en la medida que el derecho y la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y financiera del estado y que esta no puede verse afectada por acto que carece de eficacia.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR PORVENIR

Señaló que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues PORVENIR al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Adicionalmente la parte demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por otro lado, la parte actora manifiesta que su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Agrega que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. Igualmente no puede desconocerse el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario

y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene PORVENIR, por lo que debe revocarse la declaratoria de ineficacia del traslado.

De otro lado indica que en caso de confirmarse se debe revocar la condena de traslado de los dineros descontados por Gastos de administración, pues estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a la cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado. Indica que atenta contra toda lógica jurídica la declaratoria de un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenando devolver o restituir un bien (en este caso una suma de dinero depositada) las sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Por si lo anterior fuera poco, se recuerda que la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos, no se dio de manera antojadiza, sino por el contrario se dio de acuerdo con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

Agrega que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Las anteriores conclusiones frente a la ineficacia en la afiliación y en la manera en como deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la

Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Señaló que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico de afiliación que se llevó a cabo entre la señora GLORIA CECILIA LONDOÑO RESTREPO y las AFP demandadas, por lo tanto, los efectos jurídicos que surjan de este acto no lo pueden perseguir, ni mucho menos afectar. Indicad 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 todo ese tiempo en que la demandante ha estado afiliada en el Régimen de Ahorro Individual; aunado a que la Seguridad Jurídica que se deriva de esta inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros que en este caso tiene un impacto directo frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y la planeación de la reserva pensional.

De otro lado señala que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, que también estableció dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental; y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, entre otros.

Así mismo señala que se debe realizar un test o juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta que a éste lo componen 3 criterios fundamentales y necesarios a saber: 1. La idoneidad o adecuación de la medida tomada. 2. La necesidad de dicha medida: esto es que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios. 3. La proporcionalidad entre la medida tomada y los fines perseguidos con ella: es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes. Insiste que la sentencia de primera instancia crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación (con efectos patrimoniales) en cabeza de COLPENSIONES, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados. Al aplicar este test de proporcionalidad, se podría claramente ver como no pasaría el segundo criterio, esto es, "la necesidad"; toda vez que sí existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado y es que precisamente se haga cargo de las prestaciones económicas que se deriven de la declaratoria de dicha ineficacia, la AFP a la cual se encuentra afiliado el demandante (quien es en últimas la parte incumplida). Aduce que, imponer esa carga en cabeza de COLPENSIONES, tiene un impacto más

lesivo para la sostenibilidad financiera del Sistema, si se tiene en cuenta que COLPENSIONES es la única administradora del Régimen de Prima Media, alberga más número de pensionados y que dichas pensiones se reconocen con subsidio de las arcas del Estado; de forma tal que se estaría solventando con estos recursos, el desmedro económico ocasionado por un particular, que en este caso es la AFP privada, quien incumplió con su deber legal, tal como se pudo demostrar en el desarrollo de este proceso judicial.

Agrega que de confirmarse la declaratoria de ineficacia se debe ordenar realizar la devolución y reintegro de las siguientes sumas: recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía mínima, rendimientos de la cuenta del demandante, anulación de bonos pensionales si existieren, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, y que dichos rubros deban ser trasladados de manera indexada (tal como lo ha indicado la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencias SL 5292-2021 M.P. Omar Ángel Mejía Amador y SL 5686-2021 M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez) dada la evidente pérdida del valor de la moneda o si la suma de todos los conceptos a trasladar resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media; sea dicho fondo privado, quien asuma el pago de la diferencia que hubiere con cargo a sus propios recursos, evitando así un detrimento en las cuentas manejadas por COLPENSIONES. Lo anterior de acuerdo a lo expuesto en las sentencias SL 4.964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019 y SL 1.688 de 2019 por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia.

2.3.3. ALEGATOS DEMANDANTE

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, dado que la misma se acoge con el reiterado precedente del órgano de cierre en estos escenarios, pues no se probó, por parte de las administradoras de pensiones, teniendo la carga de la prueba, que al actor se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado, ineludible en el tópico de las afiliaciones o traslados de regímenes.

Indica que la sentencia de primera instancia esta acorte con el precedente reiterado de órgano de cierre, en sentencias como las de radicado 31989-08; 31314-08; 33083-11; SL1236-14; SL9519_15; SL 17595_17; SL19447_17, SL3496_18; la 76284 de agosto 14/2019. Resaltando que en la sentencia con radicación SL1421-2019, señaló que:

“[...] existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional...”

Por su parte en la sentencia en la sentencia SL 1688-2019, radicación Nro 68838 del 8 de mayo de 2019, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó que la información plausible que deje incólume el consentimiento informado es 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 así mismo...”* Reiterada, entre otras, en la sentencia SL1055-2022, rdo. 87911 Dr. Iván Mauricio Lenis Gómez

Agregó que en sentencia SL4705-2021, Rdo. 78380 del 6 de octubre de 2021. M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, respecto de los denominados “actos de relacionamiento” se indicó: “

(...)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. En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige cualquier otro que le sea contrario, por no encajar en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Por tanto, solicita que se confirme la decisión del a quo, pues está acorde con el precedente reiterado del órgano de cierre, quien, entre otras en sentencia con radicación 68852 del 9 de octubre de 2019, refuerza esta sanción jurídica de la ineficacia con lo previsto en el art. 13 del C.S.T , conforme se indicó:

“...En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. (...) Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación. (...)Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política. (...). 3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado (...)Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él. (...) Ahora, en atención a que las entidades

demandadas formularon la excepción de prescripción de la acción, debe tenerse presente que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible.”

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 las AFP.

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

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto 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 19 de octubre de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a hoy PROTECCIÓN (fl 42 del archivo 15 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 extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración y el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora GLORIA CECILIA LONDOÑO RESTREPO en el aludido interrogatorio expuso que es gerontóloga. Respecto de su traslado al RAIS rememoró que para ese entonces había cambiado de lugar de trabajo y a los 6 meses de ingresar a esa compañía la contacto un asesor de Protección y le informó que todos los empleados de esa empresa se estaban vinculando con Protección en razón de que el ISS se iba acabar y posiblemente iban a perder el dinero cotizado, pero que en todo caso el fondo privado le ofrecía mejores opciones, de esa reunión recordó que tuvo una duración de 5 minutos en la que básicamente se ocupó el asesor en diligenciar el formulario de afiliación, sin que le hablara de las ventajas o desventajas de ese cambio, ni de los requisitos para pensionarse en ese nuevo fondo o que iba a tener una cuenta de ahorro individual, reconociendo que siempre confió, hasta hace algunos años cuando por medio de un programa de televisión se enteró de su situación pensional, contactando al apoderado que a hoy la asesora.

Sobre la MOVILIDAD indicó que cuando realizó los traslados horizontales, fueron en virtud de que los promotores se acercaban a su lugar de trabajo y promocionaron a cada fondo con una mejor posición en el mercado, sin que le dieran en todo caso información adicional del RAIS.

Destáquese que la deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS, la demandante no fue informada sobre las implicaciones de su traslado, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que

en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que 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 el 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 GLORIA CECILIA LONDOÑO RESTREPO, quien en 1995 se vinculó a Protección, luego el 12 de mayo de 2000 se afilió a Colpatria (fl. 40 del archivo 20 del expediente digital), el 29 de septiembre de 2000 pasó a HORIZONTE en virtud de una cesión por fusión entre dichos fondos y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A el 11 de diciembre del 2000 (fl. 41 del archivo 21 del expediente digital), según se verifica en el reporte SIAFP:

Hora de la consulta : 10:53:55 AM

Afiliado: CC 43509852 GLORIA CECILIA LONDOÑO RESTREPO

Vinculaciones para : CC 43509852							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-10-19	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1995-11-01	2000-08-30

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 43509852						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-10-19	1998-08-13	01	AFILIACION	PROTECCION		
2000-05-12	2000-08-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	PROTECCION	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE	
2000-12-11	2001-01-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	HORIZONTE	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Lo anterior por cuanto, 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, tal y como lo ordenó la a quo frente a PORVENIR S.A., donde además incluyó el tiempo en que la actora estuvo afiliada a COLPATRIA y HORIZONTES, fondos que fueron fusionados con la hoy demandada, pues si bien así no se especificó en la parte resolutive, si se indicó que se debían devolver estos conceptos desde el 1º de julio de 2000, que fue la fecha en que se efectuó la afiliación a COLPATRIA que después se fusionó con HORIZONTE, es decir que si se incluyó el tiempo en que la actora estuvo en los aludidos fondos que fueron absorbidos por PORVENIR, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia en este punto.

Ahora, se **ACLARARÁ** la decisión de la a quo en cuanto a la orden dada a PROTECCIÓN, ya que si bien se indicó que debía devolver los gastos de administración retenidos a partir del 01/11/1995 y hasta el 30/06/2000 por la afiliación de la actora, no se precisó que ello implicaba el retorno de los tres ítems que componen los gastos de administración, esto es, gastos, seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima.

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 Porvenir S.A., 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 Protección, Colpatria y Horizonte, siendo estas ultimas dos entidades hoy Porvenir en virtud de fusión por absorción.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios

recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

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

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

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

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

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

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

(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la

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

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

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

Así mismo estima la Sala que se debe ordenar la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera 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), debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, 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.

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

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.

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, **ACLARANDOLA** y **ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A y Protección S.A a favor de la demandante por no haber tenido éxito en sus respectivas apelaciones. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. por cada entidad. 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 la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **GLORIA CECILIA LONDOÑO RESTREPO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.509.852 contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Se **ACLARA Y ADICIONA** los numerales segundo y tercero 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 incluyendo el lapso en que la actora estuvo vinculada con las AFP's COLPATRIA y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, última orden que también se extenderá a PROTECCIÓN 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, 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, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante por cada entidad.

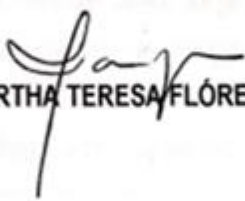
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(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:	GLORIA LONDOÑO RESTREPO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-013-2021-00054-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	07/10/2022

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 10/10/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario