



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veinticinco de noviembre de dos mil veintidós

22-077

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **AMANDA LUCIA MORA MARTINEZ**
Demandado: **COLPENSIONES, y PROTECCION S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-009-2019-00245-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

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

Se reconoce personería al Doctor **DARÍO MAURICIO TOBÓN CHAMORRO**, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 80.845.672 de Bogotá con Tarjeta Profesional No. 271.442 del C.S.J., para que represente los intereses de COLPENSIONES, conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado **SANTIAGO MUÑOZ MEDINA** identificado con la Cédula de Ciudadanía No.16.915.453 expedida en Cali, obrando en su condición de representante legal suplente de la sociedad **MUÑOZ MEDINA ABOGADOS S.A.S.** apoderado de la entidad demandada

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 34** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida,

ordenándose a PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES el total de los valores que recibió con motivo de su afiliación y sus respectivos rendimientos y consecuentemente se ordene a esta última entidad reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que estuvo afiliada en el ISS desde el 24 de febrero de 1995 hasta el mes de febrero de 1998 cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP Santander hoy Protección S.A.
- ✓ Que nunca recibió una asesoría personalizada al momento de su traslado de régimen por parte de SANTANDER, ya que no le informaron de manera oportuna, eficaz y expresa sobre las consecuencias que acarrearía ese traslado, las condiciones, características y diferencias entre ambos regímenes.
- ✓ Que Protección S.A le informó que a los 57 años de edad de permanecer en el RAIS su mesada pensional ascendería a la suma de \$ 1.843.551, mientras que en el RPM sería de \$6.254.133
- ✓ Que solicitó ante Protección y Colpensiones el día 25 de junio de 2018 el retorno al régimen de prima media obteniendo por parte de ambas entidades respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES, la cual indicó solo constarle lo atinente a su estado de afiliada con el ISS, advirtiendo sobre los demás hechos que eran situaciones que hacían referencia a la codemandada y por lo tanto desconoce si son ciertas o falsas. Por su parte PROTECCIÓN S.A. negó el incumplimiento del deber de información, señalando que los asesores de esa entidad siempre realizan un estudio previo y particular sobre cada afiliado y que en el caso en concreto se le informaron de características tales como que no era beneficiaria de régimen de transición, que de su historia laboral se desprendió la asesoría integral que recibió y en todo caso indicándole de las diferencias que había entre el RPM y el RAIS.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de marzo de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones, en el 1 mes a la ejecutoria la presente providencia, los

saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pension mínima, con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los dineros objeto de devolución ya mencionados.

Finalmente condenó en costas a Protección S.A. fijando como agencias en derecho la suma de tres SMLMV a favor de la demandante.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y Protección S.A. interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en algunas de las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN PROTECCIÓN

Adujo que al imponerle devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, los rendimientos financieros que se han generado y adicionalmente lo que se ha descontado por gastos de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la misma demandante, ya que es una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez y que además se están trasladando unos rendimientos que son fruto de la buena gestión que se realizó por parte de Protección. Insistió en que el tener que asumir con su propio cargo los emolumentos ya mencionados, se estaría afectando su patrimonio, advirtiendo que su actuar fue de conformidad por lo ordenado en el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, donde se dispone que estos descuentos sean realizados por cada

aporte de los afiliados, figura que no solo aplica para los fondos privados, sino también que se hace en RPM, que igualmente, en el proceso no se evidencia perjuicio causado a la actora y por lo contrario, la rentabilidad ha sido tan generosa que puede cubrir todos los dineros en los cuales se pueda ver afectado el RPM.

Sobre la condena en costas, solicitó que fuera estudiada esta orden, ya que el valor tan alto de las mismas le resulta excesivo, al tratarse de un tema que ha sido bastante depurado y al haber numerosos procesos similares, que al ordenarle el pago de este concepto era afectarle su patrimonio, por lo cual solicita que estas costas sean anuladas y no sea condenada por ello.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Solicitó que se adicionara la indexación a los dineros que fueron objeto de retorno en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, de conformidad por lo estudiado en sentencia SL 1421 y 1688 de 2019, exponiendo que en las arcas de Protección se encuentran todos los aportes necesarios para cancelar la mesada correspondiente, mientras que en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES puede verse un detrimento patrimonial, trayendo a colación el artículo 48 de la Constitución Política el cual fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005. Recordó que COLPENSIONES fue un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por lo cual no puede ser ni beneficiada, ni perjudicada entre el acto jurídico celebrado entre esas partes en virtud del principio de la relatividad de los contratos.

2.3. ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Indica que debe MODIFICARSE la decisión de primera instancia, pues conforme a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes. Es por ello que la solicitud de afiliación o traslado se analizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; además las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservarán el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el documento suscrito por el accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagro en el art 2 de la ley 100 de 1993. Si bien el demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error

Además de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificadorio entre otros, del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que prevé: *"Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez".*

Lo que aplica al caso que nos atañe teniendo en cuenta que la accionante a la fecha de la radicación de la solicitud de traslado al RPM, ya se encontraba inmersa en la limitante temporal de edad por contar con 52 años de edad. Teniendo en cuenta esta prohibición expresa Colpensiones como administradora de recursos públicos debe dar plena aplicación a las normas y no le es dable interpretar las mismas, no pudiendo entonces la entidad aceptar el traslado pretendido. La demandante nació el 22 de enero de 1967, de lo que se extrae que la parte actora contaba con 27 años al 01 de abril de 1994, además no cumplía con el requisito de haber cotizado 15 años anteriores a la fecha en comento, razón por la nunca fue beneficiaria del régimen de transición y en esa medida, no cumple con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C- 789 de 2002, C -1024 de 2004 y SU-062 de 2010 para retornar al régimen de prima media en cualquier momento.

Conforme a lo mencionado, en lo relacionado con la incidencia del principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social. Esto, por cuanto los recursos económicos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y del bono pensional, pueden ser insuficientes para cubrir cualquier eventual retroactivo pensional al que posiblemente se condenará a mi representada y de esta manera la declaratoria de sin solución de continuidad al régimen de prima media, atentaría contra la sostenibilidad del sistema de seguridad social del régimen de prima media.

Ahora bien, el principio en cita, aplicado a la pretensión del demandante de la declaratoria de la nulidad/ ineficacia del traslado al RAIS, se concluye, que con la eventual orden judicial de tenerlo como afiliado al RPM, se estaría atentando contra la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, ya que, al estarse muy cercano a la fecha del cumplimiento de la edad , ya que cuenta con 64 años al día de hoy, los recursos limitados del RPM deberán entrar a cubrir los valores o montos económicos, que adicionalmente sean necesarios para la protección del derecho

pensional de aquel, aun cuando dichas cotizaciones, nunca prestaron el servicio de sostener las pensiones del RPM, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado al RAIS, y si bien, como ya se mencionó, por una parte, COLPENSIONES, tuviera que entrar a cumplir una OBLIGACION DE HACER, que en este caso lo sería AFILIAR AL DEMANDANTE al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad; en un segundo momento y tras el cumplimiento de los requisitos de EDAD y SEMANAS, tendría que desarrollar una OBLIGACIÓN DIRECTA DE PAGO, que en este caso es la prestación pensional asegurada.

De otro lado indica que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia se debe ordenar trasladar todo concepto que repose en la cuenta de ahorro individual del afiliado, conforme a las sentencias SL 4964, 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1689 de 2019, 1452 de 2019, ordenar el traslado de las Cuotas de administración INDEXADAS, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, para que se garantice el financiamiento de la futura pensión en tanto tales conceptos no se pueden compensar con los rendimientos financieros, porque no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían hacer parte del fondo de naturaleza pública, dichos pagos se deben hacer de manera indexada como una sanción al fondo privado como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada el problema jurídico a resolver se centra e en determinar qué haberes le corresponde retornar a PROTECCIÓN, si estos deben estar indexados y si es dable reducir la tasación de las costas fijadas a la AFP.

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

Por ello inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó 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.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el

que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 27 de enero de 1998 cuando suscribió el formulario de vinculación a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN (fl 38 del archivo 04 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 el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora AMANDA LUCIA MORA MARTINEZ en el aludido interrogatorio expuso que es química y actualmente es docente de la Universidad Nacional de Colombia. Respecto del traslado al RAIS adujo que para esa época laboraba con Ecopetrol a través de la firma ECO SYSTEM, que fue visitada por asesores de los fondos privados y que atendió a una asesora de Davivir, esta le promocionó los fondos privados con que tenían una gran rentabilidad, que triplicaría los rendimientos y que se podría pensionar en menor tiempo, situación que con el tiempo a oídas de sus compañeros se enteró que no era tan cierto, por lo cual decidió buscar ayuda jurídica.

Adujo que el asesor al momento de afiliarse con ese fondo privado no le dio información adicional, no le explicaron que debía tener un monto para poderse retirarse, resaltando que los asesores

informaron una parte, pero que omitieron explicar lo demás, que ahora está la posibilidad de hacer un estimado de con cuanto se podría pensionar en un fondo privado y con cuanto en el fondo del estado, situación que no era la misma para ese entonces, que los factores de heredabilidad, modalidades de pension y demás características del RAIS que conoce, le fueron informadas hace más de un poco de 5 años, cuando ya laboraba en la Universidad Nacional en la sede de Medellín.

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 todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

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 la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a 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.

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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo.

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

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Protección deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, tal y como lo ordenó la a quo.

Finalmente en cuanto a la inconformidad de la apoderada de PROTECCIÓN relacionada con la **tasación de las agencias en derecho**, considera la Sala que si bien la Ley 1395 de 2010 incluyó la posibilidad de liquidar las agencias en derecho en la sentencia, dicho artículo fue derogado por el artículo 366 del C.G. del P. que estableció que *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior...”*, y en el numeral 5 de dicho artículo se indica que “La

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

liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, lo que significa que la oportunidad para interponer el recurso de apelación contra la liquidación de agencias en derecho no es otra que una vez notificado el auto de aprobación de las mismas.

En consecuencia, como este punto del recurso se refiere a asuntos que deben ser tratados en su debida oportunidad procesal, esta Sala **SE ABSTIENE DE CONOCER sobre la apelación a la liquidación de las costas y agencias en derecho.**

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

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

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 24 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **AMANDA LUCIA MORA MARTÍNEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 31.172.895 contra **PROTECCIÓN S.A, y COLPENSIONES.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo bajo el entendido que COLFONDOS S.A., al momento de dar cumplimiento a la sentencia, deberá **indexar** los dineros a devolver por 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), durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS y sin aplicar equivalencia alguna. 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 PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante.

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

Los magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Demandante: **AMANDA LUCIA MORA MARTINEZ**
Demandado: **COLPENSIONES, y PROTECCION S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-009-2019-00245-01.**
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**
Fecha de la sentencia: **25/11/2022**

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 **28/11/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario