



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós

22-036

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN.
Demandante: MARÍA LUZ AIDA SABOGAL TAMAYO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.: 05001-31-05-011-2018-00075-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: MODIFICA SENTENCIA

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

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 36** 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 estas trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos. Así mismo solicitó que se ordene a PORVENIR pagar los perjuicios morales y los materiales en su arista daño emergente consistentes en el valor de los honorarios del mandatario judicial.

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

- ✓ Que a la fecha de radicación de la demanda tiene 54 años de edad, dado que nació el 26 de septiembre de 1963 y más de 1.300 semanas cotizadas.
- ✓ Que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, concretamente el 1º de agosto de 1995 se traslado a la AFP PORVENIR, sin que previamente se le hubiera suministrado una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, simplemente la AFP le indicó que el Seguro Social estaba en crisis y no iba a haber plata cuando se jubilara, por lo que era más conveniente que se pasara de régimen, porque la pensión era la misma y además podría pensionarse anticipadamente, asesoría que duró aproximadamente 20 minutos.
- ✓ Que al momento del traslado no le hicieron un comparativo entre los dos regímenes, no le hablaron del derecho de retracto, ni de que contaba con un tiempo límite para trasladarse, tampoco le indicaron cual era el capital que debía reunir para obtener la pensión en el momento deseado ni le hicieron ningún tipo de proyección, por lo que no le brindaron una información clara y suficiente que le permitiera comprender las implicaciones de la decisión de trasladarse.
- ✓ Que en 2017 PORVENIR le realizó una proyección de la mesada pensión informándole que en el RAIS a los 57 años obtendría una mesada de \$1.552.900, indicándole el asesor que no le convenía trasladarse.
- ✓ Que al analizar su IBC y proyectar la mesada que obtendría en el régimen de prima media, esta sería muy superior, dado que sus cotizaciones son alrededor de los \$7.000.000.
- ✓ Que solicitó tanto a PORVENIR como a COLPENSIONES el retorno al régimen de prima media el cual le fue negado por faltarle menos de diez años del requisito de edad para pensionarse.
- ✓ Que al enterarse de lo deficitario que sería el valor de su pensión en el RAIS, lo cual afecta notablemente sus aspiraciones pensionales y su mínimo vital, ha sufrido una permanente angustia, tristeza y aflicción, situación que se traduce en unos perjuicios morales, así como en los materiales en su arista de daño emergente, consistente en los recursos económicos que ha invertido para procurar que se restablezcan sus derechos quebrantados por la falta de información al momento del traslado, al deber cancelar honorarios al abogado.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controviertieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES que indicó que aceptaba únicamente la fecha de nacimiento de la actora, frente a los demás adujo que no le constaba por lo que serían objeto de debate probatorio.

De otro lado PORVENIR S.A. aceptó la fecha de nacimiento de la actora. De otro lado adujo que no es cierto que en 1995 se haya traslado a dicha AFP, pues conforme a la información suministrada por ASOFONDOS en esa fecha se trasladó a PROTECCIÓN y posteriormente realizó traslado a PORVENIR en julio de 1996. Aclaró que PORVENIR le brindó una información clara, precisa y suficiente, donde a su vez le informó de las implicaciones de la afiliación con esa entidad y que además le reiteró el funcionamiento del RAIS, por lo que el traslado de la actora se hizo de forma libre y voluntaria. En cuanto a los demás hechos indicó que no le constan por lo que deben ser probados.

Finalmente PROTECCIÓN S.A. aceptó la fecha de nacimiento de la actora. Indicó que no es cierto que se haya omitido brindarle información al momento del traslado, ya que a esta se le brindó una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión frente a las características del RAIS, las diferencias con el RPM, por lo que su decisión de trasladarse se tomó de forma libre e informada. Respecto a los demás hechos señaló que no le constan por lo que deberán probarse.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes de la demandante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el 0,5% destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con anterioridad al año 2004; y a partir del 01 de enero de 2004 el 1,5% correspondiente a la garantía de la pensión mínima.

De otro lado, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha AFP.

Así mismo ORDENÓ a COLPENSIONES recibir los aportes de las AFPS y reactivar la afiliación de la demandante.

Finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$877.803 a cargo de PROTECCIÓN y \$614.462 a cargo de PORVENIR y \$438.901,6 a cargo de COLPENSIONES.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

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

De otro indicó que no era procedente reconocer los perjuicios deprecados, dado que al momento de trasladarse al RAIS no había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pues a la fecha de traslado esta contaba con menos de 35 años de edad, por lo que no puede hablarse de que tenía una expectativa legítima para acceder a la pensión de vejez.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN DE PROTECCIÓN

Manifiesta que debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración, ya que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN la AFP administró en debida forma los dineros que ella depositó en su cuenta de ahorro individual, lo cual se ve evidenciado en los rendimientos que generó la cuenta la misma, es por esto que la AFP desconcentró de los aportes un porcentaje del 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional, como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y que opera en ambos regímenes, por tanto no es procedente que se ordene la

devolución de estos dineros ya que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual.

Al respecto, expuso que en el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN no realizó su gestión de administración, y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES no debería proceder entonces el traslado de los aportes de la demandante junto con los rendimientos financieros generados, ya que en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica sería que las cosas vuelvan al estado anterior, por tanto, solo se debería ordenar el traslado que de los aportes que se encuentren en la cuenta de la parte actora.

2.2.2. APELACIÓN DE PORVENIR

En primer lugar señaló que no estaba de acuerdo con la condena en costas, dado que el artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por tanto como lo que se debatió en el presente asunto fue la ineficacia del traslado de la actora, PORVENIR, fue un tercero ajeno al traslado de régimen pensional, por lo que no se le debió condenar en costas, dado que tal y como lo ha señalado la jurisprudencia el acto jurídico relevante de cara a las ineficacias es la afiliación inicial, y los actos posteriores están revestidos de la misma ineficacia.

De otro lado indicó que no debió declararse la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR siguió la las exigencias de la Ley 100 de 1993, que estaba vigente para la fecha de afiliación de la actora, que indicaba que para que el traslado fuera válido bastaba con la comunicación escrita de que la selección del régimen se había hecho de forma libre y voluntaria, la cual constaba en el formulario de afiliación. Además debe tenerse en cuenta que las condiciones actuales de la pensión de la actora no se deben a la falta de información, sino de factores que suceden con posterioridad a la afiliación.

Finalmente señaló que debía revocarse la orden de devolver cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que estos descuentos son autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales se hicieron a favor del afiliado y se destinaron a órdenes de un tercero para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia en caso de haberse causado. Agrega que tampoco puede desconocerse que fruto de la administración de la cuenta de ahorro individual se han generado unos rendimientos, por lo que devolver los gastos de administración sería un enriquecimiento sin causa para Colpensiones que se beneficiaría de unos dineros sin haber ejercido la labor de administración. Aunado a lo anterior indicó que debe declararse la prescripción de las cuotas de administración ya que estos dineros no forman parte integrante de la pensión.

2.2.3. APELACIÓN COLPENSIONES

Manifestó que se debe tener en cuenta que el Decreto 692 de 1994 que otorga responsabilidades exclusivamente a cargo del fondo privado y no de COLPENSIONES, por esto que es necesario cambiar el esquema de responsabilidad que endilga la carga económica en un 100% a COLPENSIONES, pues esta directriz transgrede directamente el principio de sostenibilidad financiera, el principio de legalidad y el principio de confianza legítima en el sistema, toda vez que COLPENSIONES no tiene la obligación de soportar cargas que fueron creadas con la desatención de las obligaciones del fondo privado, por esto, que el pago de la prestación eventual que se le reconozca a la demandante debe estar a cargo en un 100% del fondo privado, bajo los parámetros que caracterizan el régimen de prima media con prestación definida, o en su defecto se deberá recalcular los valores a transferir de tal manera que se cubra en su totalidad el monto de la prestación reconocida en el régimen de prima media, reiteró que resulta ilógico que los fondos privados se enriquezcan con base a su falta de responsabilidad y se descapitalice los recursos comunes y públicos en sentido parafiscal de todos los afiliados al RPM, por omisiones ajenas.

Por otro lado, solicitó que con base al artículo 365 del Código General del Proceso, se exonere a COLPENSIONES de la condena en costas procesales, por tanto se debe determinar que aquella entidad no incurrió en la desatención de sus obligaciones para ocasionar el presente litigio y además de esto se debe tener en cuenta que el numeral 8 del presente artículo, faculta al juez para pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente para proferir una condena en costas, en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones, pues de no ser así, reiteró que se descapitalizaría infundadamente los recursos de COLPENSIONES además de atentar con el principio de sostenibilidad financiera, dictado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.3.1. PRESENTADOS POR PORVENIR

Señaló que se debe revocar la sentencia de primera instancia por cuanto se dio un acto de traslado completamente valido, conforme obra en la casilla voluntad de selección del formulario de afiliación.

De otro lado, indicó que no es procedente el retorno de los gastos de administración, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, determina la distribución que deben efectuar las administradoras de los aportes de los afiliados, tanto en el Régimen de Prima Media con Solidaridad -RPM- como en

el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS-, señalando que en el régimen de ahorro individual con solidaridad "el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensiona un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes". Así mismo el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 se establece que, con el fin de garantizar la seguridad rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras invertirán los recursos de los fondos en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, que hoy se encuentra recogido en el Decreto 2555 de 2010

En el mismo sentido, indicó que las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. se encuentra que dichos recursos son sufragados mensualmente, y destinados como lo ordena la norma a la aseguradora contratada, de esta forma el citado porcentaje, permite a la aseguradora mantener la cobertura respecto del afiliado en relación con los riesgos asegurados (invalidez y muerte) durante la vigencia del seguro. Al decretarse la nulidad e ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuada por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos, sin que sea posible el traslado de sumas adicionales, como se indica en la sentencia condenatoria de primera instancia.

2.3.2. COLPENSIONES

El apoderado de la entidad manifestó que no es declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ya que de las pruebas allegadas no es posible determinar la falta de información del fondo privado y por el contrario del interrogatorio de parte se pudo concluir que el móvil principal de la parte demandante para promover la presente demanda ordinaria laboral, es la cuantía de la prestación de vejez, supuesto que no puede considerarse suficiente para configurar la ineficacia de la afiliación, pues el IBC, variable ahorro, variable personas a cargo, expectativas de ahorro y demás parámetros económicos que determinan la cuantía de la pensión de vejez en el RAIS no podían estar presentes en el momento EXACTO de la vinculación, por lo que el asesor del fondo privado estaba en la imposibilidad de avizorar el futuro prestacional del afiliado y por ende, no podemos exigirle un conocimiento que tiene carácter aleatorio e incierto, después de todo este interregno de tiempo.

Agregó que solo hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento del afiliado respecto

del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye un imposible jurídico, además de quebrantar indubitadamente el principio de confianza legítima. Bajo este entendido, es necesario aclarar que para que la “voluntad” se vea afectada, debe demostrarse la existencia de un vicio o fuerza capaz de anular el acto jurídico, y estos elementos evidentemente solo los puede aportar el demandante por lo que no puede predicarse que la ineficacia de la afiliación está configurada en el presente proceso. En razón a lo anterior, se debe tener presente lo mencionado por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C - 086 de 2016, providencia en la cual se declaró exequible el artículo 167 del CGP en relación a la carga dinámica de la prueba, precisando que esta figura jurídica puede ser aplicada por el juez, luego de examinar las particularidades de cada caso, sin invertir la lógica probatoria prevista por el legislador ni alterar las reglas generales en lo concerniente a la distribución de la carga de la prueba, situación que no se está teniendo en cuenta en este tipo de asuntos pues se ha vuelto de carácter general la inversión probatoria, ocasionando que la parte demandante no tenga obligación alguna de probar fehacientemente los dichos que plasma en el libelo demandatorio.

De otro lado, indicó que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia, se debe tener en cuenta que los decretos correspondientes al año 1994 (Decreto 692 de 1994), fundantes de los parámetros que direccionan el actuar de los fondos privados, otorgan responsabilidades exclusivamente a cargo del fondo y no de Colpensiones, es por esto que ES NECESARIO CAMBIAR EL ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD QUE INDILGA LA CARGA ECONÓMICA EN UN 100 POR CIENTO A COLPENSIONES, pues esta directriz transgrede directamente el principio de sostenibilidad financiera, legalidad y confianza legítima del sistema, toda vez que Colpensiones no tiene la obligación de soportar cargas que fueron creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado, es por esto que el pago de la prestación debe estar a cargo en un 100% del fondo privado, bajo los parámetros que caracterizan al régimen de prima media con prestación definida o en su defecto, se deberá recalcular los valores a transferir de tal manera que se cubra en su totalidad el monto de la prestación reconocida en el régimen de prima media, pues resulta ilógico que los fondos privados se enriquezcan en base a su falta de responsabilidad y se descapitalice los recursos comunes y públicos en sentido parafiscal de todos los afiliados al régimen de prima media con prestación definida por omisiones ajenas, señores Magistrados, es esta la instancia correcta para cambiar la postura general e infinita en concesión de ineficacias de la afiliación, la jurisprudencia también funda sus bases desde las teorías puras y simples como consecuencia del litigio, y este es el momento adecuado para crear reglas proporcionales y congruentes con los supuestos facticos que avocan el asunto que hoy nos ocupa, lo anterior con el fin de responsabilizar

al verdadero causante de la omisión y no premiarlo quitándole una carga prestacional como hoy en día sucede.

Finalmente adujo que se debe revocar la condena en costas a COLPENSIONES, dado que la entidad es un sujeto exógeno a este litigio, por tanto no incurrió en la desatención de sus obligaciones para ocasionar el mismo, además de esto, se debe tener en cuenta el numeral 8 del mencionado artículo, en el cual se aduce: *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*, por lo que faculta al operador jurídico a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones procesales, pues de confirmar esta condena, se estaría generando una descapitalización infundada de mi representada además de trasgredir el principio de sostenibilidad financiera preceptuado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

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 las administradoras 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 PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. analizando especialmente lo referente a las cuotas de administración y si los mismos están afectados de prescripción. Así mismo se estudiará si es procedente la condena en costas frente a Colpensiones y a PORVENIR.

Así mismo, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de 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 el 14 de agosto de 1995 cuando se afilió a PROTECCIÓN según formulario de afiliación visible a folio 472 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 MARIA LUZ AIDA SABOGAL TAMAYO en el aludido interrogatorio expuso que es magister en física y actualmente labora como docente universitaria en la Universidad Pontificia Bolivariana. Respecto del traslado al RAIS adujo que firmó voluntariamente el formulario de afiliación a Protección, que en ese momento estaba un asesor del fondo. Relató que en 1995 ella se encontraba vinculada al ISS y luego su empleador, la Universidad Pontificia Bolivariana le envió un correo donde la invitaba a una charla, donde asistieron varios docentes, allí en una charla de 20 minutos les hablaron de las maravillas de pasarse a un fondo privado, como que podría pensionarse más joven, con una pensión más alta y que el Seguro Social estaba en crisis por lo que se iba a acabar, por lo que era más conveniente trasladarse. Indicó que ella fue docente de cátedra en varias universidades, pero que desde 1995 está vinculada de forma permanente con la UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA, que no entiende porque aparece en el formulario que su empleador fue EAFIT. Aclaró que el traslado se hizo fue a PORVENIR, que las cesantías están en PROTECCIÓN, pero que del Seguro Social se pasó fue a PORVENIR para pensión.

Reconoció el formulario de afiliación a PROTECCIÓN y que esta era su firma, además aceptó que ella laboró en EAFIT, pero precisó que en ningún momento ella recibió asesoría de PROTECCIÓN, que si ella firmó ese documento, que seguramente lo hizo cuando firmó todos los papeles para hacer la contratación con EAFIT pero que ni siquiera sabía que hubiera estado afiliada a PROTECCIÓN, que solo sabía estuvo en PORVENIR y a COLPENSIONES. Señaló que se afilió a PORVENIR en 1995 o 1996 cuando estaba laborando en BOLIVARIANA pero no recuerda la fecha. Que desea retornar a COLPENSIONES es porque se siente engañada, porque en ese auditorio de la universidad, le dijeron que se podía pensionar más joven, con más plata, que el Seguro era muy malo, que se iba a acabar, pero los fondos privados resultaron ser *“ladrones de cuello blanco”* son *“organizaciones autorizadas por el gobierno para robar a la gente”*, al engañar a las personas y ofrecerles que se va a pensionar más joven, con más plata y que porque tiene un sueldo bueno le conviene estar ahí, además indicó que para ella es muy doloroso haber estudiado tanto, posgrado, maestría, hacer proyectos académicos con la universidad, tener un buen sueldo y solo hasta 2015 cuando averiguó con PORVENIR como iba a ser su pensión, se enteró que su mesada sería entre \$800.000 y \$900.000, por lo que se sintió totalmente engañada, porque con esa plata no puede solventar sus necesidades y las de su grupo familiar, ya que tiene una mamá de 98 años y un hermano con problemas cognitivos que dependen de ella.

Agregó que hace dos años llegó un correo similar a la universidad invitando a los profesores a una charla sobre pensiones, por lo que ella decidió asistir y escuchar que tenían los fondos para decir y pasados los 20 minutos, se dio cuenta que les estaban dando la misma información engañosa que le dieron a ella hace tantos años, incluso ella levantó la mano e intervino para decir que nada era verdad, por lo que quedó sorprendida que aún siguen los fondos haciendo el mismo engaño.

De otro lado manifestó que cuando firmó el traslado a PORVENIR no se sintió constreñida o amenazada que lo hizo porque la convencieron que era una maravilla pasarse allá. Indicó que sabe que COLPENSIONES es la entidad que entró a reemplazar al Seguro Social, que no se trasladó antes a COLPENSIONES porque estaba convencida de todo lo que le habían dicho de que el fondo privado era mucho mejor, que solo tomó conciencia que eso no era así en 2015 o 2016 cuando fue a PORVENIR a que le hicieron una proyección pensional y le dijeron que su pensión sería de \$800.000 y \$900.000.

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.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora MARIA LUZ AIDA SABOGAL TAMAYO, quien en 1995 se trasladó a PROTECCIÓN, en 1996 se vinculó a PORVENIR S.A(fl 281), donde actualmente

se encuentra afiliada. 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, en cuanto al recurso de apelación, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, como de forma acertada lo indicó el a quo debiéndose CONFIRMAR la decisión en este punto.

Así mismo estima la Sala que fue acertada la decisión del a quo de extender la orden de devolver las cuotas de administración a PROTECCIÓN por el tiempo en que permaneció afiliada la demandante en dicho fondo, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, sin embargo se ACLARARÁ la orden, en el sentido que la misma comprende los tres conceptos de cuotas de administración, es decir, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, ya que el a quo no mencionó este último.

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo

de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

Ahora, también menciona la recurrente que si bien el precedente ha señalado que la acción a través de la cual se pretende la declaratoria de ineficacia no *prescribe*, tal fenómeno sí debe operar respecto de los montos a retornar. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad.

Mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reiteró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, administradoras. Así mismo, en sentencia SL1942-2021 se adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no es dable acoger los razonamientos de la recurrente en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivada de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

Respecto a la **INDEXACIÓN** de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Protección S.A y Porvenir S.A. respecto del lapso que permaneció en cada una, 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, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, ambas administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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.*

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

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

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

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

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **REVOCÁNDOLA, ACLARÁNDOLA Y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR 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 a cargo de cada AFP. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia algunos de los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARÍA LUZ AIDA SABOGAL TAMAYO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 24.589.167 contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONA el numeral tercero bajo el entendido que **PORVENIR** 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 en dicho fondo y sin aplicar equivalencia alguna. E igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados por las AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ACLARA Y ADICIONA el numeral **cuarto** en el sentido que se **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar los tres conceptos de cuotas de administración, es decir, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los cuales deberán ser **indexados** 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.

CUARTO: Se **REVOCA** la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, **ABSOLVIÉNDOSE** por dicho concepto.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante, a cargo de cada entidad.

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: MARÍA LUZ AIDA SABOGAL TAMAYO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.: 05001-31-05-011-2018-00075-01.
Decisión: MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia: 16/12/2022

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 **19/12/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario