



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiocho de marzo de dos mil veintitrés

21-261

Proceso: ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante: **MARIA TERESA SAENZ VALLEJO**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-003-2019-00134-01.
Tema: **Ineficacia Traslado**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

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

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 010** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

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

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

- ✓ Que nació el 08 de marzo de 1964.

- ✓ Que al iniciar su vida laboral se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS y el 1º de diciembre de 2000 se trasladó a Protección S.A., entidad donde continúa vinculada.
- ✓ Que el 12 de febrero de 2019 Protección S.A. le informó que el total de dinero depositado en la CAI al día de acceder a la pensión era de \$260.619.626, el bono pensional a la fecha de negociación anticipada era de \$117.274.404, por ello, el valor de la mesada pensional mensual a sus 57 años sería de \$1.596.760.
- ✓ Que el 14 de febrero de 2019 un contador público le realizó una proyección del monto al que ascendería su pensión de vejez en el Régimen de prima media la cual sería de \$3.989.945.
- ✓ Que al realizar el traslado a Protección nunca le fue informado que existiría una reducción del 33% en su pensión de vejez con relación a la que recibiría en Colpensiones, por lo que dicha afiliación es una auténtica nulidad por vicios del consentimiento (error inducido e insuperable), dado que al momento de la afiliación el asesor del fondo le indicó que el momento de su pensión en el RAIS sería superior, dado que el capital iría generando intereses y productividad, lo que sin duda vicio su consentimiento, generándole falsas expectativas, pues si se le hubiese informado lo que realmente ocurría nunca hubiese optado por realizar el traslado.
- ✓ Que PROTECCIÓN no le brindó una información, adecuada, certera, suficiente y cierta con relación a los efectos del traslado, ni tampoco se le brindó una reasesoría cuando estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, dándole la oportunidad de regresar a Colpensiones.
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media su mesada pensional sería de \$3.989.945 la cual resulta superior a la de (\$1.596.760 ofrecida en el RAIS.
- ✓ Que el 16 de agosto de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado al RDPMPD, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de adquirir el derecho a pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aceptando los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, la fecha de traslado efectivo al RAIS y la negativa a la solicitud de traslado al régimen de prima media. Respecto a los demás señaló que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. aclaró que la fecha de efectividad de afiliación de la demandante a este fondo fue en diciembre del 2000 pero que el traslado se dio el 05 de octubre de la misma anualidad. Frente a la proyección de la mesada pensional aclaró que esta no fue realizada en los términos en que asegura la demandante. Negó el incumplimiento del deber de información al señalar

que le brindó la asesoría clara, honesta, transparente, amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre las características del RAIS y las diferencias con el RDPMPD. Calificó de consiente e informada la decisión de traslado y que la actora firmó de manera libre, voluntaria y sin precisiones. Finalmente, señaló que el 04 de marzo de 2011 brindó una reasesoría en la que le indicó a la actora que no le convenía continuar afiliada a Protección y que tenía hasta el 07 de marzo de 2011 como fecha límite para trasladarse al Régimen de prima media.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de junio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín declaró que Protección:

- Faltó a su obligación de la diligencia debida y de buen consejo al no dar información veraz y oportuna, ni verificar las condiciones particulares a lo largo de toda la afiliación de la demandante a la AFP.
- Causó grave daño a la actora en la mesada pensional que obtendría a partir de los 57 años de edad.
- Es responsable profesional y constitucionalmente del perjuicio causado en el acceso real y efectivo a la seguridad social en pensiones de la demandante.

Consecuencialmente, DECLARÓ la INEFICACIA por inaplicación constitucional del traslado de régimen y consecuentemente que la actora seguía inmersa en el Régimen de prima media, pero a cargo de PROTECCIÓN S.A.

ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las pretensiones sin perjuicio del cumplimiento de las órdenes que le impartiría.

Consecuencial a las anteriores ordenes, ORDENÓ lo siguiente:

- A la AFP PROTECCIÓN S.A. reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez a la demandante durante el mes siguiente a la solicitud que esta hiciere cuando haya cumplido el requisito de las semanas y aporte el certificado laboral de retiro, bajo los parámetros del Régimen de prima media
- A PROTECCIÓN S.A. solicitar a Colpensiones, al mes siguiente de pagar la prestación a la accionante, la elaboración del cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional.

- A COLPENSIONES que, dentro de los dos meses siguientes a dicha petición, elabore el cálculo aludido, presentándoselo a Protección, quien a su vez debía pagarlo en el mes siguiente, monto que podía financiar con el dinero de la cuenta de ahorro individual. Preciso que mientras ello no sucediera continuaría reconociendo la pensión a la actora; efectuado el pago le correspondería a Colpensiones su otorgamiento.
- AUTORIZÓ a PROTECCIÓN a enjugar parte del cálculo actuarial ordenado a liquidar en favor de Colpensiones para subrogar personalmente a la demandante y tomar para sí los ahorros pensionales, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros en esta AFP.

Finalmente, CONDENÓ en costas a Protección fijando como agencias en derecho la suma de \$3.632.000 en 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. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Comenzó por recordar que existían principios jurídicos, que como parte del ordenamiento, fundaban el sistema normativo, destacando el de eficacia de los derechos sociales fundamentales o ineficacia del acto jurídico que atentara contra este, explicando que era deber de cualquier autoridad, incluso judicial, proteger el acceso real y efectivo al mismo, entre ellos el derecho a la seguridad social en pensiones, por lo que de observarse que una persona había perdido la posibilidad real y efectiva de acceder a este derecho, esa autoridad debía garantizarlo, incluso de manera oficiosa, al ostentar el carácter de irrenunciable, inajenable e inherente al ser humano, claro está, si se acreditaba dicho perjuicio.

Posteriormente analizó las diferencias entre nulidad e ineficacia, de cara a las obligaciones de los fondos, los que NO tenían una obligación de resultado, pero sí de buen consejo como sociedades fiduciarias, responsabilidad de carácter profesional, correspondiéndoles suministrar una información clara, veraz y oportuna.

Fue así como advirtió que conocido era el principio según el cual quien causara un daño con su acción u omisión debía repararlo, omisión que devenía del incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, que contemplaba obligaciones del gestor fiduciario, debiendo asumir la AFP del RAIS las

consecuencias dañosas, no así Colpensiones que era un tercero ajeno a ese acto jurídico, destacando además que la actividad financiera de la AFP era altamente onerosa, tornándose improcedente simplemente ordenar el regreso automático a Colpensiones por esa falta al deber de información, pues realmente equivaldría a un enriquecimiento sin causa de la AFP dado el conglomerado económico al cual pertenecía, viéndose beneficiada de su propia negligencia o descuido, precisamente por eso algunas se allanaban, de ahí que debía retornar un cálculo actuarial que cubriera las diferencias en cuanto al reajuste, dejando indemne el derecho al mínimo vital del afiliado, situación que se concordaba con lo normado en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, referente a que la selección de régimen quedaba sin efecto pudiendo afiliarse a prima media por violentar la libertad de escogencia.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN PROTECCIÓN

Adujo que la demandante recibió una asesoría inicial el 05 de octubre del 2000 y unas proyecciones pensionales las cuales obran dentro de plenario y permiten evidenciar la diligencia de Protección en la afiliación. Agregó que la actora recibió re asesoría a los 46 años, que en ella le explicaron que su mesada pensional sería más alta en el Régimen de prima media y que debía realizar el traslado de régimen para tener una favorabilidad económica. Resaltó que la AFP tiene un deber de actuación negativo en cuanto a que no puede trasladar a sus afiliados en contra de su voluntad por lo que Protección no podía trasladar a la demandante al Régimen de prima media si ella no hacía esa labor personalmente.

Agregó que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en sus pronunciamientos que la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del traslado. Ello implica que la demandante conserve válida su afiliación al Régimen de prima media. Por lo tanto, lo que procede al declarar la ineficacia es la devolución de la totalidad de los aportes que hubiese recibido Protección durante la vigencia de la afiliación de la demandante.

De otro lado indicó que si bien reconoce las facultades del juez de primera instancia consignadas en la normativa laboral y procesal respecto a los principios ultra y extra petita, sin embargo, debe tenerse presente que la decisión tomada desborda los límites por cuanto modifica las pretensiones de la demanda y no permitió a Protección oponerse a ellas en el momento oportuno. Resaltó que los regímenes pensionales que componen el sistema general de pensiones son excluyentes y cuentan con su propia regulación en cuanto a prestaciones económicas se refiere y más aun tratándose de la forma en cómo se liquida la pensión de vejez en ambos regímenes. Por ello, pretender el reconocimiento de

pensiones iguales o equivalentes a título de una indemnización de perjuicios es contrario a la Constitución Nacional y al Ordenamiento Jurídico pues estos disponen que los afiliados se pensionarán conforme a las normas, reglas y requisitos del régimen al que pertenecen.

Finalmente adujo que condenar a Protección S.A. al reconocer la pensión de vejez de la demandante en iguales condiciones en las que fuere reconocida en el Régimen de prima media, no se tuvo en cuenta que se debe contar con un capital superior al que actualmente tiene la actora, en razón de que la diferencia entre lo que la persona ahorra en el RAIS y lo que requiere para financiar una pensión en Colpensiones, obedece a un subsidio que solo es viable en un régimen de reparto o fondo común como el de prima media, lo que no en un régimen de capitalización como el administrado por los fondos de pensiones en el que las AFP no cuentan con un subsidio estatal que permita el financiamiento de dichas mesadas. Por tanto, resulta además de improcedente e irracional una mesada pagada en el fondo privado conforme a la formula diseñada para liquidar una pensión en el Régimen de prima media. Así las cosas, esta carga resultaría ilegal e inconstitucional, pues se estaría desconociendo totalmente la naturaleza y la normativa del RAIS, misma que fue declarada exequible mediante la Sentencia C 086 de 2002. Por otro lado, se violaría el principio a la sostenibilidad financiera establecido en el artículo 48 de la Carta Magda ya que en el RAIS la pensión de vejez se liquida de manera diferente al Régimen de prima media y los requisitos en uno y otro no se pueden equiparar, en tal caso, la condena devendría en excesiva. En consecuencia, solicitó revocar la decisión de primera instancia en su totalidad y más aún, condenando a Protección a unos perjuicios que no fueron solicitados por la actora en la demanda.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Adujo que pese a la absolución que se hizo de Colpensiones en el fallo de primera instancia, es esta entidad quien en últimas asume la carga de que la demandante continúe inmersa en el Régimen de prima media. Por lo anterior, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y se tenga en cuenta que el derecho de trasladarse de régimen no es absoluto dado que las personas buscan trasladarse cuando tengan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Lo anterior debe realizarse únicamente atendiendo a las expectativas pensionales del afiliado y a la sostenibilidad financiera del sistema conforme a lo estipulado en sentencias como la C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y T 489 de 2010. Indicó que la única excepción en la que podría contemplarse un traslado cuando faltaren menos de 10 años para que el afiliado se pensione es la establecida en la sentencia SU 130 de 2013, misma en la que la Corte unificó su jurisprudencia y advirtió que de conformidad con lo previsto en los artículos 3 literal e y 36 inciso 4 y 5 de la Ley 100 de 1993 únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 01 de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al RDMPD

conservando las prerrogativas de dicho régimen. Teniendo en cuenta lo anterior solicitó no conceder las pretensiones de la demandante y mantener absuelta de Colpensiones.

2.3. ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Tras solicitar confirmar la absolución realizada en primera instancia a Colpensiones, adujo que esta entidad es un tercero de buena fe en la relación que surgió entre Protección y la demandante y que es por ello que la declaratoria de ineficacia de traslado le resulta inoponible a la par que la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Ahora, frente a la declaratoria de ineficacia de traslado, adujo que si bien el juzgador de primera instancia, señala que absuelve a Colpensiones de las pretensiones de la actora, es ésta quien en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, pues debe asumir la carga de que se declare que la demandante continúa inmersa en el Régimen de prima media. Señaló que el retorno en cualquier tiempo al Régimen de prima media, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera. Para justificar lo anterior citas las sentencias C-596 de 1997, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010 que indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó que “el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”. Como se observa, la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

De otro lado indicó que se está dando una errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, pues dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del

demandante. Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse.

De otro lado, indicó que frente a la excepción estipulada en la Sentencia de unificación SU130/13, en la cual, la Corte Constitucional se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia advirtiendo que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición; es de aclarar que dicha excepción no aplica a la demandante del presente caso.

Ahora, en el hipotético caso que se decrete la ineficacia en el traslado de régimen, se solicita la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante al RAIS debidamente indexados, lo anterior conforme a la sentencia de la CSJ 31989 del 9 de septiembre de 2008 MP EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. 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.

Además de lo anterior, también se solicitó la devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, esto teniendo en cuenta que en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, como fuese modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, indicando y para los efectos pertinentes, el hecho que un 3% del ingreso base de cotización será destinado “a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Sobre las cuotas de administración que cobran las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, menciona que es un INGRESO propio en favor de la generación de su patrimonio, todo ello, en virtud de la afiliación realizada por el cotizante obligatorio al sistema general de pensiones, debiendo destacarse el hecho, que de encontrarse que si la misma se declara INEFICAZ o NULA en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional o por faltarle a un requisito de existencia o validez, bien sea determinado por el a quo, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, pues ella, NUNCA, desde la selección inicial de afiliación al RAIS por parte del afiliado, tuvo en su haber, la destinación o administración de esas sumas dinerarias, las cuales le hubiesen servido a efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común. Finalmente, sobre la obligatoriedad de la devolución de los recursos previstos como cuotas de administración, cita las sentencias con número de radicación 46292 expediente SL 17595 del 18 de octubre de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena y SL1688-2019 radicación número 68838 del 8 de mayo de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en los recursos de alzada, el problema jurídico consiste en determinar cuáles son los efectos jurídicos que genera el incumplimiento del deber de información, analizando no sólo 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, examinando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, sino además establecer la viabilidad de la indemnización de perjuicios, analizando si se acreditó el daño, la responsabilidad de la AFP y el nexo causal, y a su vez si ello cimenta la procedencia del pago de un cálculo actuarial en los términos ordenados por el fallador, determinando además qué haberes le corresponde retornar a Protección S.A. y si tal entidad está encargada de asumir transitoriamente el pago de una pensión por vejez pero en los términos regulados para el régimen de prima media.

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

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un*

servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

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

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal

sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 05 de octubre de 2000 cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (fl 49 del archivo 02 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 es que expresamente la señora MARIA TERESA SAENZ VALLEJO en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniera civil y que actualmente trabaja en Huawei en el área de administración de contratos y devenga un salario mensual de \$7.300.000. Respecto del traslado a Protección adujo que para la época el ISS se iba a acabar (información que reafirmó el asesor de Protección) y que por ello tenía que trasladarse de manera obligatoria a un fondo privado el cual sería mucho mejor *“porque los rendimientos serían increíbles”* y que no le exigirían cumplir con las semanas de cotización pues solo era necesario cumplir la edad para acceder a la pensión. Señaló que le insistieron en que por ser soltera *“la plata nunca se iba a perder”* porque a la persona autorizada por ella, podrían entregarle el capital y que la mesada iba a ser *muy pero muy superior a la pensión que “podría recibir en el ISS porque Protección era experta en el manejo”*.

Sobre la asesoría manifestó que fue vía telefónica, que en ella le explicaron las garantías y beneficios e incluso le dijeron que no importaba que estuviera desempleada porque únicamente tenía que cumplir con el requisito de la edad para pensionarse. Que no le explicaron aspectos como que se abriría a su nombre una cuenta de ahorro individual, que entre más rendimientos generara su cuenta más plata sería su mesada pensional, que podía pensionarse de forma anticipada. Que le mencionaron que el capital que tenía en el ISS no se iba a perder porque se pasaba de forma directa a Protección.

Manifestó que no fue obligada a suscribir el formulario de afiliación, pero que solo le indicaron las ventajas, incluso que ella solo se limitó a firmar el formulario porque la asesora le dijo que ella se encargaba de lo demás, que no recibió re asesoría por parte de la AFP del RAIS y que recibe extractos por parte de Protección los cuales entiende.

Adujo que su principal motivo para retornar al Régimen de prima media es que cuando tenía 55 años se acercó a una oficina de Protección *para* conocer cómo iba a ser su jubilación y la asesora de turno le hizo la proyección de la mesada pensional, indicándole que si sus condiciones seguían siendo las mismas y no cambiaba nada, recibiría como mesada pensional un salario mínimo, por lo que al recibir esta información solicitó a un contador particular una proyección de su pensión en el Régimen de prima media y posteriormente solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pero la entidad le indicó que no era posible.

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.

Así pues, aunque resultan juiciosos e interesantes los planteamientos del a quo, el mismo se aparta del claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre, línea jurisprudencial que sí acoge en su integridad esta Magistratura, de ahí que al margen de la acreditación de un perjuicio, que por demás nunca planteó la demandante en el libelo genitor, y consecuentemente nunca se ocupó de acreditar, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación de cara a las sub-reglas sentadas por la Sala de Casación Laboral toda vez que en este caso Protección S.A. no acreditó haber cumplido ese deber de información en el momento en que la señora MARIA TERESA se trasladó de régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto, es decir, en cuanto a la declaratoria de ineficacia, NO así los efectos que de ello derivó el juez.

Y es que aquel considera que el afiliado verá truncado su derecho a disfrutar de una prestación en un monto superior, dado que habría una eventual reducción en la pensión por vejez que recibiría de permanecer en el RAIS, en contraste con aquella ofrecida por el régimen de prima media.

No obstante, al margen de que por sí sólo eventualmente ello pudiese o no acarrear la indemnización de un perjuicio, lo cierto es que NO hay prueba que soporte la veracidad de tal aseveración, ni siquiera un cálculo a título ilustrativo, en contraste con lo que mal o bien certifica la AFP privada respecto al eventual monto que en un futuro percibiría.

Aunado a lo anterior, habrá de señalarse que, en parte alguna, se acreditó que la administradora del RAIS hubiesen brindado una errada información a la actora al momento de afiliarse, siendo carga de quien aduce un perjuicio, demostrar no sólo su existencia, sino que el mismo está ligado a tal actuar, es decir, ese nexo de causalidad, pues aunque quisiese asimilarse el daño al menoscabo en la tasa de remplazo, ello no releva de la actividad probatoria que en tal sentido se debe desplegar, actividad que precisamente NO ejecutó porque NO era una pretensión principal.

Y es que la ineficacia aquí declarada, no deviene de tal hecho, es decir, del actuar negligente de la entidad, ni de que se hubiese configurado un error de hecho en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa como vicio en el consentimiento, tal ineficacia nace de la omisión de la AFP en cuanto a no cumplir la carga de la prueba que el precedente judicial ha radicado en cabeza suya, es decir, se cimenta en el hecho de que el fondo no demostró la calidad de la asesoría que en su momento brindó a la afiliada.

Así las cosas, si se desconocen los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que alega el fallador, partiendo de la idea que se hubiese demostrado un daño, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que el demandante decidió trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por el accionante en el interrogatorio de parte absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho. Aunado a ello, aunque tal tesis no fuera de recibo, a igual conclusión llegaría esta Magistratura.

Y es que realmente se torna innecesario entrar en disquisiciones puntuales en torno a la acreditación o no de un eventual perjuicio respecto del futuro pensional de un afiliado, toda vez que aunque pudiesen resultar interesantes los planteamientos del a quo, lo cierto es que son otras las consecuencias que nuestro órgano de cierre ha derivado en este tipo de asuntos, el que propende por la declaratoria de ineficacia junto con el retorno de ciertos haberes como más adelante se pasará a explicar, de ahí que siguiendo este precedente consecuentemente se entienda que la persona permanece en el régimen primigenio, siendo Colpensiones y no otra entidad la encargada de asumir el reconocimiento integral de la futura prestación por vejez en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, sin que pueda en este caso mantenerse la condena a la prestación, aún en cabeza de la administradora del régimen de prima media, toda vez que, nisiquiera se solicitó su reconocimiento en el libelo genitor y para el momento en que se profirió sentencia en primera instancia ni siquiera se había causado el derecho, aún la demandante NO satisfacía la edad, razón por la cual tampoco fue un hecho discutido, de ahí que, tras la emisión de esta providencia, le corresponda a la parte elevar la correspondiente reclamación administrativa para efectos de analizarse su viabilidad.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la RE-ASESORÍA de la que fue objeto LA demandante el 4 de marzo de 2011 (fl.142 del expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 47 años (4 días antes), en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN hubiese desmotivado oportunamente a la accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

“(…) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

Aunado a ello, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante 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 re-asesoría 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:

De manera que, a la luz del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, corresponde a la administradora de pensiones, cumplir con los deberes de información que aquella norma le impone; exigencia que existe desde la creación de estas entidades y que busca entre otros, garantizar los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe en la prestación del servicio público que tienen a su cargo, conforme lo ha sostenido esta Sala (CSJ SL3708-2021); pero además, deben dar cuenta de que su conducta estuvo ajustada a ello, puesto que conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, es decir, que quien debía demostrar en el proceso que su conducta se ajustó a lo descrito en párrafos precedentes era Protección S.A; debiéndose resaltar que, el suministro de la información debe darse en *«todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica»* (SL4360-2019).

Como consecuencia de lo anterior, es que esta Corporación ha sostenido que «Brindar el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información por dos razones: la primera, porque el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implica la pérdida de los beneficios derivados del

régimen de transición y, la segunda, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad -un dato sólo es relevante y útil si es oportuno» (SL1688-2019).

Bajo el contexto que antecede y, teniendo en cuenta que no fue un hecho objeto de discusión, que para el momento en que la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad la administradora de pensiones, no le brindó la asesoría en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es claro que, el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley denunciada, puesto que conforme a lo dicho en precedencia, el juez de apelaciones no observó; en primer lugar, que conforme a las normas legales sobre validez y eficacia de traslado de régimen pensional, **las administradoras de pensiones tienen el deber de brindar una adecuada asesoría a los afiliados al momento de trasladarse de régimen**, cuando exista cambio entre las administradoras de pensiones del RAIS o cuando exista intención de retornar al régimen de prima media con prestación definida, esto es, **el deber de información también resulta exigible y predicable cuando se está en presencia de una reasesoría, escenarios en los cuales al afiliado se le debe ilustrar sobre las consecuencias positivas y negativas** que su determinación puede acarrearle frente a su futura pensión; en segundo lugar, porque no podía concluir que esa situación quedó saneada con la reasesoría adelantada en el año 2004, pues lo cierto es, que la misma no fue oportuna, ya que tal y como lo pone de presente la parte recurrente, incluso de haber retornado al RAIS en el año 2004, no habría recuperado los beneficios de la transición, por cuanto no cumplía con los 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, tal y como lo determinó el Tribunal, por lo que si la demandante no conoció entre otros aspectos dicha situación y, la incidencia que el traslado de régimen pensional podía tener frente a sus derechos prestacionales, no puede concluirse, como lo hizo el Tribunal, la existencia de una manifestación libre y voluntaria, y por tanto, de un consentimiento informado, por lo que su traslado se torna en ineficaz. (Resaltos de esta Sala)

Así pues, esta Sala acoge los razonamientos de nuestro órgano de cierre.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Protección devolver cualquier valor que hubiese ingresado a la cuenta de ahorro individual de la demandante, contexto bajo el cual dicha orden sólo incluiría el retorno de cotizaciones y rendimientos, más NO la totalidad de los ítems dado que también comprende los componentes de los gastos de administración. Dineros que a su vez serán debidamente indexados, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y en cuanto a la INDEXACIÓN aquí ordenada, 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, Protección S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo.

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.*

En tal sentido, deberá **REVOCARSE** la orden del fallador en cuanto a la declaratoria de causación de un daño por parte de Protección S.A., consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial a título de indemnización por perjuicios y la prestación por vejez, pensión que ordenó reconocer a esta misma AFP en los términos regulados para el régimen de prima media.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** en cuanto a la declaratoria de ineficacia, **MODIFICÁNDOLA, REVOCÁNDOLA Y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia, dado que las partes apelaron y tuvieron éxito parcial en el recurso, debido a que, entre otros, su disenso se enfocó en los efectos de la declaratoria de ineficacia.

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 24 de junio de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA TERESA SAENZ VALLEJO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.068.933 contra **PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Se **REVOCA** la declaratoria de causación de un daño por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial/título pensional a título de indemnización por perjuicios y eventual otorgamiento de la pensión de vejez en los términos estipulados para el régimen de prima media.

TERCERO: Se **MODIFICA** el fallo bajo el entendido que **PROTECCIÓN** trasladará a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, montos que serán debidamente **indexados** al momento del pago, oportunidad en la que además deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

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



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ 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: **MARIA TERESA SAENZ VALLEJO**
Demandado: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-003-2019-00134-01.**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **28/03/2023**

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/148> 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 **29/03/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario