



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiséis de mayo de dos mil veintitrés

22-211

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MICHAEL ANTONY MAXIM MONTOYA.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E. y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-021-2021-00476-01.
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 la parte demandante contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado de 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 016** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó el demandante, la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a PROTECCIÓN S.A, que se ordene a esta administradora del RAIS a devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes que el demandante efectuó al RAIS, incluyendo rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración. Consecuencialmente que se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E, a reactivar la afiliación, actualizar la historia laboral y se condene a esta misma entidad al reconocimiento de la pensión de vejez, desde el momento el cual cumplió los requisitos para el efecto.

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

- ✓ Que nació el 02 de marzo de 1960, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 61 años de edad.
- ✓ Que fue afiliado al ISS en el mes de mayo de 1985.
- ✓ Que en octubre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A.
- ✓ Que el traslado se dio con ocasión a las afirmaciones del asesor comercial, relacionadas con que las condiciones para acceder a la pensión de vejez, eran mucho más favorables, además de mencionar que el ISS se iba a terminar y por ende, era necesario el traslado al fondo privado.
- ✓ Que el 27 de octubre de 2021, solicitó a Colpensiones E.I.C.E la aceptación del traslado de régimen, entidad que emitió respuesta negativa.
- ✓ Que cumple con los requisitos para causar una prestación de vejez.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtió Colpensiones E.I.C.E el derecho pretendido, quien acepto como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento, afiliación al ISS y tiempo de cotización en del RPM por parte del demandante, así como la afiliación inicial al ISS, respecto de los demás supuestos facticos, resaltó no constarle, considerando que son hechos ajenos al conocimiento de dicha entidad.

Por su parte Protección S.A, aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante, su afiliación al RAIS, y la densidad de semanas, frente a los demás indicó que no eran ciertos, resaltando que la entidad mediante sus asesores comerciales brindo un asesoría clara, completa, comprensible y veraz, la cual se realizó de forma independiente y estudiando las particularidades del caso, esto con el fin de orientar debidamente la decisión del demandante.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. Ordenó a PROTECCIÓN S.A, trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E, *los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, indexadas al momento del pago, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS.* Consecuencialmente ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E a recibir los valores trasladados por la administradora del RAIS.

De otro lado declaró que el demandante causo la prestación económica de vejez y supedito su disfrute a la acreditación del retiro del sistema pensional.

Dentro del término concedido por la ley, tanto PROTECCIÓN S.A interpuso y sustentó recurso de apelación.

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

2.1. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.

Interpuso recurso de apelación respecto a la absolución de las costas procesales determinada por el a quo, considera el recurrente que no se puede pasar por alto el abandono y el descuido total por parte de Protección S.A con respecto al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo.

Resalta la negligencia de la asesoría inicial, misma que fue totalmente ambigua y vaga, omitiendo el incumplimiento de un deber legal y una obligación legal que tenían las AFP, concerniente en una debida asesoría.

De otro lado, al tenor del artículo 365 del C.G.P, numeral 1, se indica que la condena en costas procede para la parte vencida en el proceso, así como Protección S.A en el presente. Respecto de Colpensiones E.I.C.E, aduce que al considerarse un tercero de buena fe, no debería condenarse por estos conceptos.

2.2 ALEGATOS.

Mediante auto fechado a 25 de noviembre de 2022 (archivo 02 del expediente digital), esta Magistratura admitió el recurso de apelación y corrió traslado para la presentación de alegatos de conclusión, sin que se tenga registro de su remisión.

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en el recurso de alzada, se determinará la procedencia de la condena en costas procesales a favor de la parte demandante, al tenor de lo normado por el artículo 365 del Código General del Proceso, esto conforme a la conducta procesal asumida por la sociedad administradora de fondo de pensiones Protección S.A.

Así mismo, conforme a 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 EL 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,	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

asesoría y buen consejo		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 al actor 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 el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 5 de mayo de 1997, cuando suscribió el formulario de vinculación a PROTECCIÓN S.A. (fl. 39 del archivo 10 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 simple y llanamente por la solidez financiera que ofrecía el fondo privado, y la disposición en caso de muerte de los dineros ahí consignados, pues según el actor, sin mayor detalle le indicaron que ante un fallecimiento, estos valores se perderían en el RPM.

Y es que expresamente el señor MICHAEL ANTHONY MAXIM MONTOYA en el aludido interrogatorio expuso que su nivel académico era profesional en administración de empresas, y que se desempeñaba asesor comercial en el área textil. Respecto del traslado a PROTECCIÓN S.A., indicó que un asesor del fondo privado, fue hasta la compañía en donde trabajaba para la data del traslado (Hilos Cadena S.A), ocasión en la cual le habló respecto de la seguridad del fondo privado, le indicó que en caso de fallecimiento, su dinero se perdería en el fondo público, resaltando que nunca le hablaron respecto de su pensión de vejez, y es que como se puede evidenciar, poco o nada se dijo acerca de la información relacionada con las características del RAIS, ventajas y desventajas del régimen pensional y las consecuencias que implicaría la suscripción del demandante a dicho régimen.

No le indicaron que el dinero iría a una cuneta de ahorro individual, que dichas sumas generarían rendimientos, dejó en claro que no obtuvo acompañamiento durante su tiempo de afiliación a Protección.

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 del fondo privado.

En todo caso, en gracia de discusión, 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 el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la RE-ASESORÍA de la que fue objeto el demandante el 21 de febrero de 2012 (fl.40, del archivo 10 del expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 52 años (aproximadamente 9 días), no puede asimilarse al cumplimiento del deber de información para la fecha en que 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 S.A, hubiese desmotivado oportunamente al 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 del 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, al igual que el a quo, esta sala se acopla al claro criterio sentado por 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 del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E 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 **ACLARARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien pese a que ordeno a PROTECCIÓN S.A a devolver todos los aportes recibidos, no preciso que los gastos de administración estaban compuestos por los tres ítems mencionados con antelación, en el mismo sentido, en aras de garantizar la efectividad de la providencia, se considera necesario **ADICIONAR** a la orden anterior, la directriz de trasladar dichos conceptos dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, lo anterior conforme lo ha indicado de forma reiterada y pacífica la honorable Corte Suprema de Justicia, y así se dirá en la parte resolutive del fallo.

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 E.I.C.E. reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES E.I.C.E, 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.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ACLARAR** el fallo, esto por cuanto en su numeral segundo se ordena el traslado además del saldo y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, de un elemento constitutivo de los gastos de administración, sin que le preceda la orden de indexación, esto es específicamente el saldo del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por lo 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 E.C.I.C.E debidamente indexado por parte de Protección S.A., 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, Protección S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo de primera instancia.

PENSIÓN VEJEZ

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.*

Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que para el señor MICHAEL ANTONY MAXIM MONTOYA es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 62 años en el caso de los hombres, además de 1.300 semanas cotizadas al sistema, última exigencia que cumple en demasía.

Lo anterior por cuanto el demandante nació el 2 de marzo de 1960, conforme se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 3, del archivo 03 del expediente digital, cumpliendo 62 años el mismo día y mes del año 2022, y aunque NO obra en el plenario el Registro Civil de Nacimiento, aquel dato sí es coincidente con el que aprecia en la restante documentación, incluso incorporada por Protección S.A, entre ellas la Historia Laboral (fl 61, archivo 10 del expediente digital), en inclusive en la Certificación No. 254732021 emitida por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de Colpensiones E.I.C.E. visible a folio 1 del archivo 13 del expediente digital, entidad que por demás, mediante Concepto 4273229 de 2013² reconoció que la cédula era un documento idóneo para acreditar la edad al momento de reclamar este tipo de prestaciones económicas.

En cuanto a la densidad tenemos que, de acuerdo con las diversas Historias Laborales allegadas por las entidades, le **cotizó al otrora ISS**, 619.43 semanas y cotizó 1.148,57 semanas a Protección S.A, para un total de 1.767 semanas, superando así ampliamente el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003 de ahí que la fecha de causación correspondió al momento en que el accionante arribó a la edad.

De otro lado, en cuanto al **DISFRUTE**, se ha considerado que éste se da cuando una vez reunidos los requisitos, el afiliado solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro o desafiliación del sistema, pues para la liquidación de la prestación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, ya que mal se haría en reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

² 4. Conclusiones

- i) El registro civil fue estatuido por la Ley 92 de 1938 como único documento válido para acreditar el estado civil a partir de 15 de junio de 1938 y con anterioridad a ésta fecha, con la respectiva partida de bautismo.
- ii) La cédula de ciudadanía es el único documento válido, confiable e idóneo de identificación de las personas mayores de edad, de conformidad con lo regulado por la Ley 39 de 1961 y el Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral.
- iii) En materia pensional, salvo lo estipulado en la Ley 962 de 2005 (de forma potestativa) y el Decreto 1889 de 1994 (para las pensiones de sobrevivientes únicamente), no existe ninguna otra normatividad que faculte a las entidades públicas o privadas para exigir el registro civil de nacimiento para adelantar el trámite de solicitudes pensionales.
- iv) Como quiera que con el registro civil de nacimiento se verifica, entre otros, la fecha de nacimiento y dicha data viene incluida en la cédula de ciudadanía, con el fin de reconocer las prestaciones económicas en las que se exija acreditar una edad determinada, éste documento será el idóneo para tal fin, pudiendo prescindirse válidamente del registro civil de nacimiento o de la partida de bautismo.
- v) Deberá seguirse exigiendo registro civil o partida para el reconocimiento de aquéllas prestaciones en las que necesariamente deba demostrarse el parentesco, tales como (...)
- vi) La cédula de ciudadanía es un documento expedido por autoridad pública competente que se reputa auténtica conforme lo estipulado en el Artículo 25 del Decreto 019 de 2012.

Así las cosas, basta con verificar la desafiliación o retiro del sistema, hecho que no sólo se prueba con el reporte expreso de la novedad de retiro, sino que también en algunos casos donde el afiliado deja de cotizar pero omite reportar formalmente su retiro, el hecho del que inequívocamente se infiere la voluntad de desafiliarse es la presentación de la reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión, lo que constituye una manifestación indiscutible de la voluntad de cesar el pago de sus cotizaciones para empezar a disfrutar de la pensión.

De ahí que tal prestación esta llamada a disfrutarse a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, hecho del que no existe certeza en el plenario, toda vez que la Historia Laboral obrante de folios 61 a 77 del archivo 10 del expediente digital, si bien refleja una última cotización para el ciclo de octubre de 2021, ello lo es porque fue impresa en data cercana a tal fecha (fecha de generación 13/12/2021).

Así las cosas, como NO existe certeza del último aporte del accionante al sistema se mantendrá la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, **DISFRUTE** que se sometió a la verificación por parte de Colpensiones del reporte de la novedad de retiro o cesación de cotizaciones, hecho del que no existe constancia en el expediente, no sólo, se insiste, por la cercanía de la data en que fue expedido el historial mencionado, sino además por confesión del demandante al absolver interrogatorio de parte cuando adujo que actualmente se encontraba laborando como asesor comercial en el área textil, de ahí que fuese acertado el raciocinio del fallador, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia en este punto.

En cuanto a la inconformidad del recurrente, en lo atinente la condena en costas procesales, resulta pertinente indicar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General de Proceso, inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, dado que sólo se examinaba si había salido avante la totalidad o no de las pretensiones, sin atender la buena o mala fe de la entidad. Sin embargo, tal posición 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 E.I.C.E 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 mutandis, se ha aplicado dicho criterio respecto de las costas procesales que se tasan en primera instancia a cargo de Colpensiones E.I.C.E, no así respecto de las administradoras del RAIS accionadas, 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, así las cosas, esta Magistratura se aparta de los argumentos indicados por el a quo, quien con base en la re asesoría pensional considero que las costas procesales no eran procedentes, sin embargo, conforme a los argumentos que anteceden, se itera que la re asesoría pensional efectuada, no convalida en ningún punto el traslado inicial al RAIS, pues no puede perderse de vista que el fondo privado fragmentó el deber de información, debida asesoría y buen consejo que le competía, y que con ocasión a ello, la parte demandante se trasladó de régimen pensional, siendo posteriormente necesaria la utilización del aparato judicial para garantizar el restablecimiento de los derechos que le fueron vulnerados, razones que aunadas a las que anteceden en el cuerpo de la presente providencia, se consideran suficientes para **REVOCAR** la sentencia de primera instancia en este punto, y en su lugar, se condenará en costas a la accionada Protección S.A, a favor del demandante al tenor de lo normado en el artículo 365 del Código General del Proceso, se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000

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

Sin costas en esta instancia, al salir avante el recurso de apelación impetrado por el apoderado judicial de la parte demandante.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **MICHAEL ANTHONY MAXIM MONTOYA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.578.803, en contra de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: ACLARAR los numerales segundo y tercero de la providencia, bajo el entendido que **PROTECCIÓN S.A.**, trasladará a **COLPENSIONES E.I.C.E.**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante desde el cambio de régimen, incluyendo los gastos de administración, esto es, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, últimos tres ítems que serán debidamente **INDEXADOS** por la administradora del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además **PROTECCIÓN S.A.** deberá discriminar los conceptos entregados a **COLPENSIONES E.I.C.E.**, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, últimos aspectos en que se adiciona la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva del presente veredicto.

TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se dispone **CONDENAR** en costas a **PROTECCIÓN S.A.**, a favor del demandante, se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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 GARCÍA GARCÍA


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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	MICHAEL ANTONY MAXIM MONTOYA.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E. y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-021-2021-00476-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	26/5/2023.

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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario