



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, seis de diciembre de dos mil veintidós**

#### **22-017**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.  
Demandante: **ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES**  
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-020-2017-00862-01.  
Tema: ineficacia traslado  
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

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

Conforme al memorial allegado se reconoce personería al doctor **ALEJANDRO VASCO RUIZ** identificado con C.C. No. 1.214.735.204 y portador de la T.P. No. 340.016 del C.S de la J, para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado **RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES**, identificado con c.c. 79.576.294 y TP. 103.505 del C.S. de la J. representante legal de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.**, con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que acompaño, en su calidad de apoderado judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, de acuerdo con la escritura pública N° 3377 de 2 de septiembre de 2019 de la Notaría 9 del Círculo de Bogotá

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 35** 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 las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados, con sus respectivos interés y rendimientos financieros.

Como pretensión subsidiaria, solicitó que se declare la responsabilidad conjunta, separa o solidariamente de los perjuicios ocasionados por Colfondos S.A y Porvenir S.A al incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones como administradoras de fondo de pensiones y como consecuencia de ello, que se les ordene la concesión de la prestación en las mismas condiciones en que le hubiera correspondido de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

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

- ✓ Que estuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el ISS desde el 24 de noviembre de 1989 hasta el mes de mayo de 1994, cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP Porvenir S.A.
- ✓ Que en diciembre de 1995 se trasladó a la AFP Horizonte.
- ✓ Que para el mes de enero de 1996 retornó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.
- ✓ Que en junio de 2002 se trasladó nuevamente al RAIS a la AFP COLFONDOS S.A, administradora con la que permaneció afiliada hasta diciembre de 2009 cuando se vinculó a PORVENIR S.A.
- ✓ Que al momento de afiliarse a las administradoras de fondos de pensiones privadas no fue debidamente asesorada ni informada sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, como que perdería los beneficios del régimen de transición y que por tanto su pensión de vejez, IBL y monto estarían en riesgo.
- ✓ Que en el RPM podría percibir una mesada pensional de \$2.526.743, mientras que en el RAIS tendría una mesada pensional por la suma de \$737.717, situación que nunca le advirtió ninguna de las AFP accionadas.
- ✓ Que en virtud del incumplimiento de las obligaciones de las administradoras del RAIS se le está privando de acceder a la prestación económica de vejez con sujeción a lo dispuesto en el Régimen de Prima Media.

### **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la edad de la actora y las afiliaciones que esta hizo al extinto ISS. Respecto de los demás hechos señaló que al ser situaciones ajenas a esa entidad debían ser materia de debate dentro del proceso al tenor de lo establecido en el artículo 167 del CGP.

Por su parte, COLFONDOS que solo aceptó la fecha de afiliación a dicho fondo y la fecha en que se trasladó a PORVENIR. Respecto a los demás hechos indicó que se trata de apreciaciones personales de la parte actora o que no le constan ya que no se establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales es llegó a cabo la asesoría con COLFONDOS y con respecto a PORVENIR por ser un tercero no puede ser aceptado o negado.

Finalmente PORVENIR S.A negó el incumplimiento del deber de información, manifestando que la afiliación realizada por la demandante a esa entidad fue de manera informada, libre y voluntaria, que recibió asesoría de manera verbal, que además se le brindó la información clara, suficiente y veraz y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para esa época.

### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores, recursos, o sumas que hubieren recibido con motivo de la afiliación y traslado de la actora, como: cotizaciones obligatorias, gastos de administración, porcentaje deducido para pagar la prima de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, bonos pensionales, descuento por aporte al fondo de garantía de pensión mínima, con los rendimientos que se hubieren causado, sin que haya lugar a deducir alguna comisión, sumas que debían ser indexadas con cargo a sus propios recursos, sin que haya lugar a deducir comisión alguna.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A y a Colfondos S.A. fijando como agencias en derecho la sumas de 2 SMLMV y 1 SMLMV respectivamente a favor del demandante.

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

## **2. ARGUMENTOS**

### **2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR**

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

### **2.2. RECURSOS DE APELACIÓN**

#### **2.2.1. APELACIÓN COLPENSIONES**

Solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta lo analizado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala Laboral, cuando indicó que conforme al artículo 1604 del C.C. *“la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*, no obstante lo anterior, dicha obligación probatoria aparece como respuesta inmediata a alguien que previamente ha alegado el incumplimiento de una obligación por parte de su deudor, por tanto quien alega un incumplimiento obligacional deberá probar el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido, es decir, que tiene el deber de probar la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en respuesta de tal cuestionamiento tendrá la carga de demostrar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Por lo tanto, insiste que corresponde al juez entrar a verificar si verdaderamente la demandante tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, toda vez que con los presupuestos facticos introducidos en la demanda, se tiene que la actora se trasladó de régimen de pension de manera libre y voluntaria y que ha permanecido allí por más de quince años, además diligenció y suscribió válidamente una vinculación al RAIS manifestando su voluntad de pertenecer a ese régimen, bajo el entendido de que para una persona obligarse y como consecuencia su contrato sea válido debe cumplir los requisitos del artículo 1502 del Código Civil.

Agregó que de conformidad con la sentencia SL-373 del 2020, el objetivo perseguido con el límite temporal impuesto por el legislador de que no se pueden trasladar quienes les falte menos de diez años para la edad pensional, es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, razón por la cual los afiliados al RAIS no pueden estar solicitando un traslado, cuando fue su decisión trasladarse de régimen, por lo tanto, se presume válida la solicitud de vinculación, sin que pueda ser posible anular su afiliación ya que el traslado efectuado a la AFP fue realizado en ejercicio del libre derecho de escogencia de régimen de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advirtió que se debía tener en cuenta que solo podría pedir la anulación del traslado efectuado si su firma hubiera sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, o si el empleador lo afilió sin su consentimiento, esto es que el formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado o por medio del traslado de régimen por sentencia SU 062 de 2010, lo cual no se da en el caso de autos.

### **2.2.2. APELACIÓN PORVENIR**

Manifestó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios. Además la AFP cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya que le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual al momento de su traslado, la cual se hizo de forma verbal, pues para la época no había obligación de dejar documentos con la constancia de la información entregada, obligación que surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia.

De otro lado aduce que la declaratoria de ineficacia en el caso en concreto atenta contra toda lógica jurídica, ya que el traslado de régimen, como lo indicó la demandante en su interrogatorio, obedeció en virtud de la posible extinción del ISS, lo cual no constituye prueba alguna para declarar la ineficacia por un incumplimiento al deber de información, dado que ese hecho era de conocimiento público, además la vinculación con Porvenir también obedeció a que el empleador de la actora fue quien le sugirió que realizara el traslado, por lo que Porvenir no tiene porque soportar las consecuencias negativas de ese acto. Agrega que la AFP no cuenta con la competencia para negar los traslados, máxime que la accionante estuvo en el año 89 en el ISS, luego se trasladó en el año 97 a Porvenir y posteriormente estuvo vinculada a Horizonte, además en el año 96 estuvo vinculada

en Colpensiones y aun así decidió retornar libremente al régimen privado, por lo que no es factible que la accionante alegue que su intención no era permanecer en este régimen y pues si bien no desconoce sobre la postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la ineficacia de afiliación, tampoco puede olvidar que esta misma corporación ha advertido que todas las decisiones deben atender a todas las particularidades de cada caso.

Finalmente solicitó que no se le condenara a retornar los dineros por concepto de gastos de administración en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia, ya que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, descuentos que han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP por lo que no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.

## **2.3.ALEGATOS**

### **2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES**

Adujo que los hechos formulados en la demanda no tienen el carácter de ser negaciones indefinidas y por el contrario son definidas al ser hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente, siendo ello así, no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado, puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad. Por tanto, afirma que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio tendiente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones. Agrega que el afiliado de la seguridad social no se halla ante una imposibilidad probatoria, porque la experiencia ha enseñado que en los juicios en los que se ha deprecado ineficacia de traslado de régimen pensional, con antelación al año 2019, los demandantes acudían con testigos o hacían sus esfuerzos probatorios en aras de satisfacer la carga que les correspondía, y, aun así, en forma mayoritaria, obtenían el pretendido traslado; y que luego, no se trata de hechos imposibles.

Así mismo, indica que al no configurarse negaciones indefinidas, a su criterio imposibilita pasar hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, en esta disposición no se

consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor.

De otro lado adujo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer como regla general cuál debe ser el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya producido el traslado entre regímenes pensionales, se arroga una función que no le es correspondiente, puesto que, al legislador mediante norma general y abstracta le corresponde establecer el estándar de prueba. Que el acogimiento expreso o tácito de esas etapas deriva en la asunción por parte del juzgador para definir el caso concreto, en pautas que determinan prácticamente el establecimiento de un estándar probatorio que resulta imposible, debido a que el modelo fijado por la alta corporación se torna inalcanzable, en la práctica, irrealizable, porque, el aumento del estándar probatorio, esto es, el alto nivel o intensidad de la información que según el órgano de cierre se debe alcanzar por quien edifica su defensa en haber suministrado información debida, aunado a la disminución del valor demostrativo del formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales de la época y que a lo sumo es con lo que cuentan las AFP

Sobre los periodos mínimos de carencia y sostenibilidad financiera del SISTEMA GENERAL DE PENSIONES adujo que La ley 100 de 1993, incorporó dos regímenes pensionales que confluyen, pero son excluyentes entre sí; ajustados al texto constitucional, la citada ley, en su artículo 13, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dispone sobre la libertad de elección de regímenes por parte de quienes deben ser afiliados al sistema general de pensiones, delimitando como parte de las características que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria, trayendo a colación la sentencia C-1024 de 2004 y exponiendo sobre esta que la Corte Constitucional en torno a la proporcionalidad y razonabilidad concluyó que la disposición analizada se ajustaba al texto, esto es, que el periodo de carencia o permanencia mínima en un determinado régimen, con antelación al cumplimiento de la edad mínima pensional era constitucional y que en el presente caso, el traslado por vía judicial se pretende habiendo cercanía a la edad mínima pensional, deduciéndose de acuerdo con las reglas de la sana crítica, específicamente las de la experiencia, que la finalidad de la parte actora es la búsqueda del reconocimiento de una prestación por vejez en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, encontrándose que por largo tiempo no hizo aportes a ese régimen, sin haber realizado cotizaciones que permitan la consolidación y proyección de un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador.

Finalmente indica que en caso de que se opte por acceder a las pretensiones de la demanda, se debe ordenar a las administradoras del RAIS realizar la devolución íntegra de las cotizaciones efectuadas por la demandante, sin descuento alguno, precisando los conceptos a reintegrarse y en un término perentorio.

### **2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.**

Señaló que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues PORVENIR al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Si lo anterior no fuera suficiente, la entidad ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

Agrega que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado del demandante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, por lo que no es cierto que PORVENIR se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. Igualmente no puede desconocerse el incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de

parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene PORVENIR, por lo que debe revocarse la declaratoria de ineficacia del traslado.

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

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

afiliación y en la manera en como deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema se han recogido y enriquecen con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 el cual fue solicitado por ASOFONDOS.

### **3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA**

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a las administradoras de fondos de pensiones accionadas.

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

### **4. CONSIDERACIONES**

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

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio*

*de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado**.* (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

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

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

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

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

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

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

En el caso de autos, conforme las pruebas allegadas se tiene que la actora, se trasladó al RAIS el 01 de diciembre de 1995 cuando se afilió a HORIZONTE, según consta en el SIAFP a folios 207 del archivo 01 del expediente digital, pues si bien en el expediente aparece una afiliación a través del fondo INVERTIR con fecha 24 de mayo de 1994 ( fl 203), al parecer la misma no se hizo efectiva, ya que según la historia laboral allegada por Colpensiones a través de medio magnético, el empleador COPDESARROLLO continuó realizando los aportes al ISS, tanto así que en el historial de afiliaciones aparece la anotación de corrección de fecha de afiliación y solo se reporta como fecha de afiliación inicial al sistema la de HORIZONTE. Según se observa:

Asofondos

Revisión cuatrimestral de administraciones de fondos de pensiones y cesantías

SIAFP

14 de Febrero de 2020

Registrar servicio

Buscar en Wiki SIAFP

W

?

📄

USUARIO: PVMORENOB07

ALBA JANNETH MORENO BAQUERO

Afiliados

Personas

Aportantes

Pagos

Entrega HI a RPM

Documentación

Usuarios

Gestor de Tasas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:50:54 PM

Afiliado: CC 21420701 ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Afiliado presenta vinculaciones invalidas

Vinculaciones para : CC 21420701

| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino         | AFP origen   | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
|---------------------|--------------------|------------------|---------------------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Traslado regimen    | 1995-12-01         | 2009/05/16       | HORIZONTE           | COLPENSIONES |                                    | 1995-01-01                  | 2002-06-31               |
| Traslado de AFP     | 2002-04-22         | 2009/05/16       | COLFONDOS HORIZONTE | COLPENSIONES |                                    | 2002-06-01                  | 2009-11-30               |
| Traslado de AFP     | 2009-10-01         | 2009/11/20       | PORVENIR            | COLFONDOS    |                                    | 2009-12-01                  |                          |

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareligo para: CC 21420701

| Fecha de novedad | Fecha de proceso | Código de novedad | Descripción                 | AFP          | AFP involucrada |
|------------------|------------------|-------------------|-----------------------------|--------------|-----------------|
| 1994-05-24       | 1996-06-13       | 01                | AFILIACION                  | INVERTIR     |                 |
| 1995-12-01       | 2000-03-01       | 48                | CORRECCION FECHA AFILIACION | HORIZONTE    |                 |
| 1996-10-01       | 1997-03-18       | 07                | TRASLADO DE ENTRADA         | HORIZONTE    | INVERTIR        |
| 1996-10-01       | 1997-03-08       | 03                | TRASLADO DE SALIDA          | INVERTIR     | HORIZONTE       |
| 2000-11-21       | 2001-02-20       | 07                | TRASLADO DE ENTRADA         | COLPENSIONES | HORIZONTE       |
| 2000-11-21       | 2001-02-20       | 03                | TRASLADO DE SALIDA          | HORIZONTE    | COLPENSIONES    |
| 2002-04-22       | 2002-04-25       | 01                | AFILIACION                  | COLFONDOS    |                 |

Por tanto es claro que para el 1º de diciembre de 1995 cuando la demandante se afilió a HORIZONTE, existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era

prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración y el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES en el aludido interrogatorio expuso que es jefe de servicios en el Bango de Bogotá. Respecto del traslado a Colfondos, adujo que en esa época laboraba para Coopdesarrollo teniendo la función de atención al público, que cuando se le acercaron los asesores de la administradora de fondo de pensiones, ella se encontraba bastante ocupada, recibiendo una asesoría con duración no mayor de 10 minutos, donde solo le dijeron que debía trasladarse ante la inminente extinción del ISS, que de todas maneras en el fondo privado tendría mas beneficios que en el fondo público, aclarando que no le hablaron de que iba a tener una cuenta de ahorro individual o cuales serian esos beneficios que iba a tener con diferencia a los que ya tenía en el RPM. Afirmó en todo caso confiar en esos promotores y que solo se preocupó por su situación pensional un día después de cumplir los 47 años edad, cuando una conocida le pregunto por el tema y le hablo acerca de la prohibición de no poderse trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Sobre la MOVILIDAD indicó que el grupo AVAL adquirió la empresa para la cual laboraba, por directriz de su nuevo empleador debía afiliarse a Porvenir toda vez que hacia parte del mismo grupo empresarial, que de todas maneras no fue asesorada por parte de Porvenir.

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

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

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES, quien se vinculó a HORIZONTE en 1995, en 2002 se vinculó a Colfondos y posteriormente se trasladó a Porvenir el 1 de octubre de 2009, conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl 207 del archivo 01 del expediente digital).

| Afiliado presenta vinculaciones eliminadas Afiliado presenta vinculaciones invalidas |                    |                  |             |              |                                    |                             |                          |
|--|--------------------|------------------|-------------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Vinculaciones para : CC 21426761   |                    |                  |             |              |                                    |                             |                          |
| Tipo de vinculación  | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen   | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
| Traslado regimen   | 1995-12-01         | 2009/05/16       | HORIZONTE   | COLPENSIONES |                                    | 1996-01-01                  | 2002-06-31               |
| Traslado de AFP  | 2002-04-22         | 2009/05/16       | COLFONDOS   | HORIZONTE    | COLPENSIONES                       | 2002-06-01                  | 2009-11-30               |
| Traslado de AFP  | 2009-10-01         | 2009/11/20       | PORVENIR    | COLFONDOS    |                                    | 2009-12-01                  |                          |

Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de

sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo.

Punto en el que ha de aclararse, que no es cierto, como lo afirma la apoderada de PORVENIR en su recurso que la señora ADRIANA MARIA JARAMILLO, después de haberse trasladado al RAIS en 1995 hubiera regresado al ISS en 1997 y que en el 2002 nuevamente se hubiera afiliado al RAIS, pues al analizar las pruebas en su conjunto, tanto el reporte del SIAFP, como la historia laboral aportada por PORVENIR, COLFONDOS y Colpensiones se observa que la señora JARAMILLO TABARES presenta cotizaciones validas al ISS hasta el diciembre de 1995, desde enero de 1996 a mayo de 2002 si bien se reportan cotizaciones en la historia laboral del ISS a favor de la actora estas están en cero con la anotación *“aporte devuelto por estar vinculado a Colfondos”*.

A folio 133 del plenario aparece que en virtud de comité de multifiliación hubo una devolución de aportes entre COLPENSIONES y COLFONDOS, por lo que si bien pudo existir un error de uno de los empleadores de la demandante al efectuar aportes al ISS y no respetar el periodo mínimo de permanencia en el RAIS, dicho error quedó subsanado al haberse celebrado el comité de multifiliación y haberse determinado que la afiliación válida era la del RAIS, razón por la cual fue ordenada la devolución de estos aportes, por lo que esta situación en nada afecta o convalida el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del RAIS al momento del traslado inicial de la demandante.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como

la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

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

Así mismo estima la Sala que fue acertada la decisión del a quo de extender la orden de devolver las cuotas de administración a COLFONDOS por el tiempo en que permaneció afiliada la demandante en dicho fondo, sin embargo se **ADICIONARÁ** la orden en el sentido que PORVENIR también deberá devolver las cuotas de administración del tiempo que la actora estuvo afiliada en HORIZONTE fondo que fue fusionado con dicha AFP, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es PORVENIR S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en la AFP COLFONDOS y en HORIZONTE, tiempo a cargo de PORVENIR.

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, 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, tal y como de forma aceptada lo ordenó la a quo, punto en el que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

Finalmente resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida, las AFPs deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, aspecto en el que también se adicionará la sentencia.

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

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR y COLPENSIONES a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 por cada entidad.

## 5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

**PRIMERO: CONFIRMA** la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 21.420.701 contra **COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.

**SEGUNDO:** Se **ADICIONA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que PORVENIR también deberá devolver los gastos de administración, de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) por el tiempo que la actora estuvo afiliada a HORIZONTE fondo que fuer fusionado con dicha AFP, los cuales deben ser **indexados**.

---

<sup>1</sup> 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.*

Así mismo se dispone que COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A al momento de dar cumplimiento a la sentencia, deberán discriminar los conceptos entregados a COLPENSIONES, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A Y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante por cada una de las entidades ya mencionadas.

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

**Los magistrados**  
(Firmas escaneadas)



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
SALA LABORAL



**SECRETARÍA**

**EDICTO**

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

**HACE SABER:**

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

Demandante: **ADRIANA MARIA JARAMILLO TABARES**  
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: **05001-31-05-020-2017-00862-01.**  
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**  
Fecha de la sentencia: **06/12/2022**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **07/12/2022** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario