



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, seis de diciembre de dos mil veintidós

21-107

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., SKANDIA y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-019-2019-00436-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

Link: [21-107 \(019-2019-00436\)](#) expediente digital

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 todas las entidades accionadas contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 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** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones realizadas. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que presenta las siguientes vinculaciones:

EMPRESA	DESDE	HASTA	TIEMPO A CARGO	TOTAL SEMANAS
PROFAMILIA	01/04/1989	01/04/1990	COLPENSIONES	51.57
BANCO REAL DE COLOMBIA	01/01/1977	01/01/1978	COLPENSIONES	51.57
DSSA	18/11/1985	18/11/1986	COLPENSIONES	51.57
DSSA	18/12/1987	01/08/1989	COLPENSIONES	83.42
DSSA	08/11/1992	25/04/1993	COLPENSIONES	24.28
DSSA	01/05/1993	31/01/1995	COLPENSIONES	90.14
INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RE	01/02/2001	30/01/2003	PORVENIR SA	102.85
INSTITUTO ANTIOQUEÑO DE RE	01/02/2003	30/04/2003	OLD MUTUAL	12.85
COOPERATIVA DE ESPECIALIDA	01/10/2003	30/04/2006	OLD MUTUAL	132.85
COOPERATIVA DE ESPECIALIDA	01/05/2006	30/12/2011	PROTECCION	291.42
SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO	01/01/2012	A LA FECHA	PROTECCION	385.71
TOTAL				1.278

- ✓ Que el 26 de febrero del año 2001 se trasladó al RAIS, momento para el cual su salario ascendía a 2.2 SMLMV
- ✓ Que actualmente se encuentra en Protección S.A. entidad que en el año 2006 realizó simulación pensional aduciendo que a los 63 percibiría de dicho fondo una mesada del 293.99%, versus un 100% que obtendría del régimen de prima media, pero en el año 2011 le indicó que únicamente procedería la devolución de saldos, aseveración reiterada en el año 2019 salvo que completara el capital para financiar una mesada de un SMLMV, existiendo además la posibilidad de acceder a la garantía de pensión mínima.
- ✓ Que ejerce su profesión de médica neuróloga de manera independiente, por lo que percibe ingresos que superan el mínimo legal y le impedirían acceder a la garantía de pensión mínima.
- ✓ Que solicitó a Colpensiones el retorno al RPM, obteniendo como respuesta negativa, ya que contaba con 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.
- ✓ Que al momento de trasladarse de régimen NO recibió información sobre beneficios de continuar en prima media, en el cual percibiría una mesada superior.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la calidad de afiliada al ISS de la demandante y la respuesta a la reclamación elevado, respecto de los demás hechos indicó que no le constaban pero que los tendrían como ciertos si se acreditaban de manera idónea en el trámite del proceso.

Por su parte Protección S.A. negó el incumplimiento del deber de asesoría y buen consejo, manifestando que a la actora se le brindó información de manera oportuna, suficiente, clara y

comprensible, aunando en que los asesores de esa administradora eran capacitados permanentemente y contaban con el conocimiento técnico y la lealtad moral suficiente para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual y sus diferencias con el RPM.

Similares versiones mantuvieron SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A, al señalar que la afiliación se realizó conforme los parámetros exigidos en cada época, donde la accionante tuvo pleno conocimiento de las condiciones del régimen al que pertenecía y que en todo caso, la vinculación fue producto de una decisión libre de presiones o engaños.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 26 de abril de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS (a través de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.), sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad.

Además, ordenó que:

TERCERO: ORDENAR a la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de SOLEDAD DE LOS RÍOS OSORIO, como cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, tal como lo consagra el artículo 1746 del C.C., a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; y a esta última a recibirlos para que su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral. Así mismo, se dispondrá que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladen con destino a COLPENSIONES EICE, los gastos de administración y comisiones que hubiere percibido durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

De otro lado, condenó en costas a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$1.400.000, correspondiendo el 50% a cada AFP.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

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

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. SKANDIA

Se opone parcialmente al fallo en lo atinente a la condena de devolver las cuotas o gastos de administración.

Señala que el literal b) del art. 20 de la Ley 100 de 1993 discrimina la posibilidad que se tiene tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual, de descontar del IBC un porcentaje para financiar los gastos de administración, una prima de reaseguros de FOGAFIN y unas primas de seguro de invalidez y sobrevivientes. Adicionalmente el art. 36 del Decreto 692 de 1994, también hablaba de la distribución de las cotizaciones disponiendo que el ISS, las cajas, fondos o entidades de previsión, mientras no se ordene su liquidación, debían llevar cuentas separadas de las reservas para la pensión de vejez y de gastos de administración.

Insiste que conforme a la normatividad citada, era posible concluir que ese 3% de cotización, en ambos regímenes, se destinaba a cubrir unos gastos de administración y primas de seguros, lo que correlativamente generaba unas obligaciones a cargo de los fondos, entre las cuales se encontraba administrar una cuenta ahorro individual de los afiliados, garantizar una rentabilidad mínima, consolidar una historia laboral, entre otros.

Bajo dicho escenario, precisa que si bien las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la consecuencia de esta es el regreso automático de las cosas al estado inicial, lo cierto es que también correspondía al juez hacer un estudio o ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe de Skandia, dentro de la relación contractual con la demandante.

Que administró en forma correcta la cuenta ahorro individual. Que la comisión de administración estaba direccionada a retribuir todas las actividades que desarrollaban las instituciones que

conforman el sistema general de pensiones, que por tanto, ordenarle a SKANDIA devolver ese dinero, sería desconocer que esta comisión no estaba destinada a financiar una pensión de vejez sino que era un dinero que a favor de las administradoras de fondos de pensiones, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y un pago de lo no debido, porque estaría recibiendo un dinero sin realizar ningún tipo de administración conforme lo dispone la ley.

Que además quedó acreditado con las pruebas documentales, que cumplió con la obligación de generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y las impartidas por la Superintendencia Financiera, entonces no resultaba procedente reintegrar una comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de unas obligaciones legales vigentes durante la vinculación de la demandante, la AFP cumplió con cada una de las responsabilidades a su cargo.

Que el reintegro ordenado también sería una clara violación a los principios constitucionales de la buena fe, de la confianza legítima y al debido proceso, porque estaría ordenando judicialmente devolver una suma que ya tenía un titular definido legalmente.

Reitera que Skandia llevó a cabo la administración de dichos recursos, así como todas las labores exigidas por la ley respecto de los dineros que estaban en la cuenta individual, sin que fuera viable entregar dichas sumas a Colpensiones, menos aun cuando esos dineros habían generaron unos rendimientos que beneficiaron directamente a la afiliada.

2.2.2. APELACIÓN PROTECCION S.A.

Se opuso al retorno de los gastos de administración y comisiones durante el tiempo que la demandante estuvo afiliado a Protección.

Considera que ello NO es procedente toda vez que se trataba de comisiones causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme la ley como contraprestación de una buena administración como lo era legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

Sostuvo que con la condena de primera instancia, según la cual NO sólo le correspondía devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, constituía un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera estaba destinada a financiar

la pensión de vejez y adicionalmente también trasladaría los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de la administración realizada por Protección, de ahí que tuviera derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor, tornándose inexistente una razón para trasladar dicho dinero a Colpensiones.

Finalmente adujo que de confirmarse la condena, debiendo asumir de su patrimonio los valores de los descuentos permitidos por mandato legal, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de Protección, la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de esta, punto en el que destaca que en el proceso ello NO fue materia de prueba ni quedó demostrado la causación de los mismos, toda vez que la inversión de la carga de la prueba operaba era frente a la pretensión de la ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios, los cuales no fueron demostrados por la demandante.

2.2.3. APELACIÓN COLPENSIONES

Solicita se revoque el fallo en su integridad.

Adujo que el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen no podía ser la causa que llevara a declarar la ineficacia del negocio jurídico. La disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad o ineficacia.

Advierte que la carga de la prueba no se puede trasladar de manera absoluta a los fondos de pensiones, al ser el formulario de afiliación un negocio jurídico que involucra el consentimiento de dos voluntades. No se debe admitir que en este tipo de procesos el afiliado asuma una actitud 100% pasivas a los movimientos, rendimientos o utilidades de su dinero. Que NO era admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo era la pensión, solo hasta 10 o 15 años después se pretenda una información que desde siempre estuvo habilitada para los afiliados, bien de manera simple como lo era un extracto de aportes, o bien de manera técnica-profesional.

Solicita que en caso de ser confirmado el fallo, conforme a las sentencias SL 4964 de 2018, 4989 de 2018 y 1688 de 2019 se ordene el traslado de las cuotas de administración, gastos de administración, aportes al fondo de la garantía la pensión mínima e incluso los seguros, es decir, la totalidad de la cotización sin descuento alguno, con el fin de garantizar el financiamiento de la futura pensión, en tanto que tales conceptos no se podían compensar sólo con los rendimientos financieros, que como propiedad de la demandante, no así del fondo, entrarían a ser parte del fondo

de naturaleza pública, pagos que debía asumir el fondo privado en forma de sanción o como castigo a los actos y omisiones que generaron la ineficacia.

2.2.4. RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR PORVENIR S.A.

No comparte la decisión del juez de primea instancia que le ordenó retornar las comisiones y gastos de administración por el periodo que estuvo la actora vinculada con esa entidad, en razón a que estaba en contra del ordenamiento jurídico, trayendo a colación el artículo 230 de la Constitución Política, echado al cajón de los olvidos, obligaba a los jueces ceñirse a las normas.

En ese sentido, señaló que en el proceso NO existía suficiente claridad sobre lo que se declara, ya que, por un lado, se tomaba como si la persona nunca hubiese estado afiliado al RAIS (inexistencia), pero por otro lado, se indicaba que las cosas debían retrotraerse a su estado original (nulidad) y por ultimo se declaraba la ineficacia en sentido estricto porque así lo decía la Corte Suprema de Justicia, lo que denotaba el gran desconocimiento de figuras como la inexistencia, la nulidad y la ineficacia en sentido estricto. Considera pertinente citar apartes de la sentencia C-345 de 2017 según la cual:

“La ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza, sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido.”

Advierte que ningún apartado normativo estipulaba que el incumplimiento al deber de información traía como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto. Que realmente la consecuencia la consagraba el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el que NO señalaba que las cosas se retrotraían a su estado original.

Que a voces de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando NO había una consecuencia jurídica de una ineficacia en sentido estricto, por remisión normativa se acudía al artículo 1746, lo que NO era necesario, pues el art. 271 aludido sí estipulaba una consecuencia, indicando que lo procedente era dejar libre al afiliado para que volviera a realizar la afiliación, de ahí que los montos a retornar fuesen aquellos señalados en el art. 113 de la Ley 100 de 1993.

Que en gracia de discusión, de acudirse al art. artículo 1746, debía tenerse en cuenta que tal disposición le otorgaba a las partes, y no solo a la vencida en juicio, el derecho de que retrotraigan las cosas como si el acto NO se hubiese celebrado, generándose una inquietud, ¿Qué hacer con los rendimientos? porque como en el estado anterior NO habían ejercicios financieros, pues estos no debían trasladarse porque nunca estuvieron en el RAIS, resultando paradójico la orden de

trasladarlos pese a que en el régimen de prima media realmente no existía la figura, y no se le obligase a la demandante a restituir los frutos financieros.

Que el pensamiento del a quo también iba en contra del artículo 964 del Código Civil. Recuerda que la Sala de Casación Civil dice que, en lo relativo a los elementos de la buena y mala fe, debíamos someternos a lo establecido en dicha norma, según el cual el poseedor de mala fe debe ser obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa y el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos.

Es así como se pregunta ¿en qué momento se probó que la entidad había actuado de mala fe para que se le obligara a trasladar los frutos, entendidos como ese 1% cobrado? Recuerda que en el proceso se estaba probando todo a partir de unas presunciones en virtud de unas negaciones indefinidas, surgiendo ahí otro interrogante ¿se estaba presumiendo la mala fe? ¿se estaba obligando a Porvenir a trasladar los gastos de administración pese a que las normas a las que debían estar ceñidos los jueces estipulaban que no al ser un fruto?

Insiste que NO existía en el ordenamiento jurídico mandato legal, más allá de la interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, que obligara a trasladar los mencionados emolumentos.

Sobre la excepción de prescripción, adujo que también resultaba paradójico e inequitativo, que las mesadas pensionales, emolumentos netamente económicos y entregados a los pensionados sí prescribieran, pero los gastos de administración NO, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones dado que en ningún momento administró dichos dineros. Que aunado a ello eran obligaciones de tracto sucesivo y se estaban afectando derechos de terceros.

Finalmente, frente a la condena en costas, señaló que igualmente resultaba sorpresivo que las mismas se tomaran como una sanción a cargo de las entidades que realizaron los traslados de régimen, pese que el artículo 365 del Código General del Proceso era absolutamente claro cuando estipulaba que *se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*, punto en el que indica que a Colpensiones también se le condenó en este proceso, tanto así que por eso el expediente subía en el grado jurisdiccional de consulta, pero no se le condenaba en costas al no tener injerencia en el traslado, como si se tratase de una indemnización de perjuicios, aspecto ya analizado por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2003, cuando advertía que la condena en costas no resultaba de un actuar temerario o de mala fe de la parte condenada, sino que era fruto de una derrota en el proceso o en el recurso que se hubiese propuesto. Es así como solicita se condene en costas a Colpensiones.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Expresamente indicó que:

Sea lo primero indicar que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación de la demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula O A UN FORMATO carente de certeza.

Se trata de un traslado de régimen pensional realizado voluntariamente por la demandante, tal apreciación se puede verificar en el escrito de demanda en el cual se puede establecer que para que se constituyera el fondo privado como su nueva administradora de pensiones, el mismo realizó una selección. Dicho concepto de “SELECCIÓN” implica una voluntad consciente para elegir entre uno u otro régimen, no estando supeditado entonces a la fuerza o al engaño que deberá ser objeto de debate probatorio.

La demandante accede sin inconveniente alguno a pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, quien no podía evitar que el afiliado renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el Régimen de Prima media, dado que como se indicó anteriormente el simple acto de “SELECCIONAR” implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Es claro entonces que la afiliación efectuada al RAIS por la demandante goza de plena validez, pues en el momento en el que decidió trasladarse de régimen, estaba aceptando las condiciones pensionales a este, lo que se avizora es una inconformidad con la mesada pensional y por eso ahora el demandante alega una supuesta falta de información por parte de la AFP, que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, lo cual se pudo en el interrogatorio practicado no fue así. No sería correcto hablar de un fallo favorable a las pretensiones incoadas por el demandante, cuando a este lo cobija el principio de la Autorresponsabilidad de los hechos que afirma y por ende esta llamada aportar pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda y no por el contrario dar por sentado un hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 de 2010, señala: “... el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes”

Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social...”

Es de anotar que al Colpensiones ser una entidad pública no puede ir más allá de lo consagrado en la ley, y esta es clara cuando en el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció: *el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como es el caso que nos ocupa donde el demandante estaría incumpliendo con la señalado en la norma.*

Con lo anteriormente mencionado se puede concluir que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a COLPENSIONES y más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles.

Ello si se tiene que la demandante carece de fundamentos probatorios que permitan hablar de condenas para la administradora de pensiones COLPENSIONES, toda vez que, el consentimiento libre y espontaneo se ve materializado con la afiliación en el RAIS y en su momento COLPENSIONES nada tuvo que ver en la decisión que sin coacción alguna tomo el demandante a la hora de definir su situación pensional, en tanto que, mi representada, fue un sujeto pasivo a la hora del traslado de régimen, y simplemente acepto la voluntad libre y sin coacción de la parte demandante.

Se reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los afiliados contaban con un espectro de decisión más amplio a la hora de definir la situación pensional que mejor se ajuste a sus condiciones particulares, las cuales debían tener siquiera un análisis mínimo que permitiera tomar una acertada decisión, la cual, finalmente se materializaba con la aceptación y suscripción del formulario de afiliación diligenciado válidamente sin coerción o dolo alguno que desencadenara en una nulidad en el negocio jurídico.

Teniendo en cuenta que la demandante no se encuentra afiliada a COLPENSIONES, no es procedente el reconocimiento del traslado e inclusión en el RPM deprecado. No le es dable a la demandante, la alegación de vicio del consentimiento alguno en el traslado al régimen de ahorro individual, ya que el mismo se hizo efectivo y surtió las consecuencias propias de la afiliación al nuevo régimen.

Por todo lo anterior se solicita respetuosamente a la sala, se exonere de toda responsabilidad a la entidad que represento.

2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Tras realizar un recuento de lo acontecido en el proceso, indicó que debía revocarse en su integridad la sentencia proferida toda vez que el demandante no había acreditado un vicio en el consentimiento, ni ninguna de las causales previstas en el art. 1741 del CC, por lo que el acto de vinculación al RAIS fue eficaz, aunado a que el incumplimiento del art. 271 de la Ley 100 de 1993, bajo las intenciones que allí se mencionaban, únicamente implicaba la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo y en todo caso se estaban acogiendo presupuestos de diferentes codificaciones sin que resultara viable escindir compendios normativos. Tampoco era dable acudir a lo previsto en el art. 899 Código del Comercio.

Recuerda además que la afiliación reposa en un documento público que se presumía auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, y contenía la declaración estipulada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, por lo que no se le debía restar valor probatorio.

Agrega que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo normado en los artículos 1742 y 1743 ibídem, por la ratificación tácita de la demandante, debido al tiempo de permanencia en el régimen privado, debiéndose privilegiar su inequívoca voluntad.

Destaca que garantizó el derecho de retracto, que la vinculación realizada fue de forma libre y voluntaria, brindándose una información oportuna y completa, que cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía su poder como el formulario de afiliación, que jurídicamente no es viable imponerle cargas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado, que el afiliado contaba con diferentes canales de comunicación, que debía realizarse un análisis conjunto y crítico de todas las pruebas, que el contrato era ley para las partes y debía producir consecuencias respecto de quienes lo celebraban.

Posteriormente recalca que no se podía confundir la ineficacia de un acto jurídico (acto que no produce efectos) con la nulidad absoluta, como de manera general se hacía, realizando algunas consideraciones en torno los aspectos característicos de cada figura.

Que de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no podía olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que debían trasladarse cuando existía el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impedía que legalmente pudiera ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma, máxime si ningún otro valor estaba destinado a financiar la prestación, so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; que ordenar el reintegro de los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Posteriormente aclara que:

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada, es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado

en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el segundo inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante, se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y Colfondos S.A. como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que sino se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Finalmente destaca un razonamiento plasmado en un salvamento de voto según el cual se tenían que tener en cuenta las particularidades de cada asunto porque “hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”.

Por las anteriores consideraciones, solicita que se analice las circunstancias particulares pues aduce que no se acreditaron presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, aunado a que cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por el demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

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 AFP demandadas, y si sobre dichos emolumentos operó el fenómeno jurídico de la prescripción. Igualmente se establecerá si es procedente extenderle la condena en costas a Colpensiones.

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.

Es de aclarar, que si bien PORVENIR S.A. propone multiplicidad de temas de análisis en los alegatos presentados, únicamente se examinarán aquellos que hayan sido mencionados en el recurso de alzada, siendo esta y no otra, la oportunidad propicia para ventilar su descontento con la decisión adoptada en primera instancia, sin que los alegatos comporte una etapa que le permita introducir nuevos temas a estudiar.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento,*

ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 26 de febrero de 2001 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR como se puede observar en el informe SIAFP (fl 275 del archivo 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador para acceder a un puesto de trabajo.

Y es que expresamente la señora SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO en el aludido interrogatorio expuso que es medica uróloga y que trabaja para la Clínica Manuel Uribe Ángel de Envigado y la Clínica del Rosario en Medellín. Respecto del traslado a Porvenir adujo que cuando culminó su especialización de urología ingresó a laborar con una empresa dedicada a la fertilidad, que al diligenciar los papeles de su vinculación laboral le preguntaron que con cual fondo quería afiliarse en salud, respondió que no sabía, ya que toda su vida había estado con la seccional de salud y el ISS, rememoró que la persona que le estaba ayudando en esa ocasión con la papelería, le recomendó que se vinculara con Porvenir en razón a que los demás empleados estaban afiliados allí, por lo que acató el consejo. Nunca se acercó a Porvenir en busca de información.

Sobre la MOVILIDAD indicó que, siguiendo consejo de amigas, se pasó Old Mutual ya que le recomendaron ese fondo como mejor opción que Porvenir, y posteriormente se vinculó con Protección dado que otra amiga le habló de diferentes ventajas con este, como lo de la pensión voluntaria, que no era corrupto como en otras partes y que además hacía parte del Grupo Empresarial Antioqueño y que no pagaría impuestos.

Hasta aquí su intervención.

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 por parte de algún 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 demandante tal y como se aprecia en el SIAFP (fl. 275 del archivo 01 del expediente digital), así:

Hora de la consulta : 9:37:05 PM

Afiliado: CC 42969686 SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO

Ver detalle

Vinculaciones para : CC 42969686

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	2001-02-26	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		2001-04-01	2003-01-31
Traslado de AFP	2002-12-04	2004/04/16	OLD MUTUAL	PORVENIR		2003-02-01	2006-04-30
Traslado de AFP	2006-03-24	2006/06/23	PROTECCION	OLD MUTUAL		2006-05-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 42969686

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2001-02-26	2001-03-01	01	AFILIACION	PORVENIR	
2002-12-04	2003-01-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	OLD MUTUAL	PORVENIR

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo.

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

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, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA devolver las cuotas de administración, no así la totalidad de

los tres ítems que componen los gastos de administración, pues excluyó los seguros previsionales y no precisó que también implicaba el retorno del dinero descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, limitado al tiempo en que permaneció la actora afiliada en cada una de estas entidades, y así se dirá en la parte resolutive del fallo.

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 Protección 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 Porvenir S.A. y Skandia hoy Old Mutual.

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.

En cuanto a la inconformidad del recurrente atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN, habrá de señalarse que ya la Corte se ocupó del tema cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

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

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

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente ADICIONAR el fallo toda vez que los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, serán entregados a Colpensiones debidamente indexados por parte de Porvenir, Old Mutual y Protección respecto de los aportes que ha cada una le corresponda retornar por el tiempo de permanecía en cada fondo. El índice inicial será el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y el índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \text{índice final} / \text{índice inicial} \times$

capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Frente al punto 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.

En este orden de ideas, conforme el análisis que precede, y pese a los argumentos que en este punto ventila Porvenir S.A. en los alegatos presentados ante esta instancia, no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, efecto que se extiende respecto del salvamento de voto que invoca para cimentar su descontento en este punto.

Finalmente, en cuanto a solicitud de Porvenir de imponer COSTAS a cargo Colpensiones, podría cuestionarse el interés para recurrir de cara a la obtención de una condena que NO favorecerá sus arcas, pues técnicamente NO solicita que se reparta la condena impuesta incluyendo además a Colpensiones, sino que se tasan las agencias en derecho frente a esta, óptica bajo la cual sería la parte actora quien estaría legitimada para formular tal reparo.

Pero aun así, en gracia de discusión, bajo el contexto que el querer del recurrente fuese la extensión de la condena en costas a prorrata entre las vencidas en juicio, resultaría 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 adelante la totalidad o no de las pretensiones, sin atender la buena o mala fe de la entidad. Sin embargo, tal posición fue morigerando en casos en los que no había sido la conducta de la entidad la que originó el conflicto que hoy se pone en conocimiento de esta Sala, máxime cuando la postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento ha dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

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

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

Mutatis mutandis, se ha aplicado dicho criterio PERO UNICAMENTE respecto de las costas procesales que se tasan en primera instancia a cargo de Colpensiones, no así respecto de 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, razón que aunada a las que preceden impiden a esta Magistratura extender a Colpensiones la imposición de las costas que en primera instancia fueron tasadas.

Por último, 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, todas las administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se adicionará 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, **modificándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a SKANDIA, PORVENIR y PROTECCION 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. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia algunos de los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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.*

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 26 de abril de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.969.686. contra **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** y **ADICIONA** el numeral tercero del fallo bajo el entendido que Protección S.A trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, última orden que también se extenderá a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibieron durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada uno de esos fondos, montos que serán debidamente INDEXADOS por todas las administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la demandante y a cargo de cada entidad.

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

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,



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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	SOLEDAD DE LOS RIOS OSORIO
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCION S.A., SKANDIA y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-019-2019-00436-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
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