



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, seis de diciembre de dos mil veintidós

22-090

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **JUAN CARLOS OCHOA CALLE**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-012-2020-00177-01.
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 Porvenir contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

Conforme memorial allegado con los alegatos se reconoce personería a la doctora **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA** identificada con c.c. 1.152.225.557 de Medellín y T.P. N° 359.508 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR, por estar adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal que allegado, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad PORVENIR S.A. según escritura pública No. 1326 del 11 de mayo de 2022 de la Notaria 18 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** de la afiliación a las administradoras del RAIS se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad, y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a

COLPENSIONES los aportes en pensiones, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurados con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sumas que deberá recibir COLPENSIONES realizando la reactivación de su afiliación y validando dichos aportes como semanas cotizadas.

Así mismo solicita que se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 a partir de la última cotización al sistema general de pensiones o de forma subsidiaria se condene a PORVENIR a pagarle a título de perjuicios el retroactivo de la pensión de vejez por el valor que le hubiere correspondido en el régimen de prima media con prestación definida, mientras COLPENSIONES le reconoce la pensión de vejez.

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

- ✓ Que nació el 10 de febrero de 1957.
- ✓ Que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el ISS y posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; sin embargo al momento del traslado no le brindaron información acerca de las ventajas y desventajas del traslado, simplemente le indicaron que en el RAIS se pensionaría con una mesada pensional superior a la del ISS, aunque nunca le explicaron cuáles eran los parámetros para determinar el momento de la mesada pensional, así como tampoco se le realizó un estudio previo para establecer si en su caso le era más conveniente trasladarse de régimen pensional.
- ✓ Que en la actualidad cuenta con más de 1.600 semanas cotizadas al sistema de pensiones.
- ✓ Que según simulación pensional que le realizó PORVENIR su mesada pensional ascendería a 1 SMLMV, mientras que en el régimen de prima media su pensión sería de \$1.692.433.
- ✓ Que solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensión, el cual le fue negado.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES que aceptó que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad, que posteriormente se trasladó al RAIS, así como la reclamación administrativa que fue presentada ante la entidad a la cual se le dio respuesta negativa frente al traslado pretendido.

Respecto a los demás hechos indicó que no le constan por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

Por su parte PORVENIR indicó que no es cierto que se haya omitido el deber de información, pues en cumplimiento con las obligaciones vigentes para la fecha, al momento del traslado a la actora se le explicaron todas las características del RAIS y las diferencias con el RPM, así como las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, por lo que su afiliación fue libre y voluntaria. Respecto a los restantes hechos indicó que no le constan por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 2 de marzo de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. CONDENÓ a PORVENIR a trasladar COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros de la demandante, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y dispuso que al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Y ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas teniéndolas como semanas efectivamente cotizadas y reactivar la afiliación del actor sin solución de continuidad.

Así mismo CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JUAN CARLOS OCHOA CALLE, la pensión de vejez, de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta para ello, la última fecha de cotización que certifique la AFP PORVENIR S.A. al momento de la devolución de los valores antes indicados y el registro total de semanas de cotización que se halle en sus bases de datos, autorizando a la entidad que del retroactivo que se llegará a generar se recuente el porcentaje correspondiente al aporte en salud.

Finalmente condenó a PORVENIR a pagar las costas del proceso a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, PORVENIR interpuso y sustentó 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.

En cuanto a la pensión de vejez consideró que era procedente su otorgamiento de acuerdo a lo previsto en la Ley 797 de 2003 dado que el accionante no sólo contaba con la edad mínima exigida, 62 años cumplidos el 10 de febrero de 2019, sino además con una densidad suficiente, pues tenía más de 1.562 semanas cotizadas, pero sometió el disfrute al retiro o cesación definitiva de aportes, hecho del que no existía certeza, además de que existían inconsistencias en la historia laboral del actor que debían ser corregidas previa liquidación de la prestación.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR

Señaló que debe revocarse la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia de traslado dado que como se demostró en el proceso la AFP si cumplió con el deber de información de acuerdo a los lineamientos y parámetros legales que regían para 1994, además desconoció la a quo que el demandante al ser considerado un consumidor financiero al interior del régimen de ahorro individual tenía el deber legal de informarse de manera diligente y oportuna acerca de las decisiones que estaba tomando al momento de realizar el traslado al RAIS, toda vez que de este acto de afiliación se derivan una serie de obligaciones y deberes en cabeza de ambas partes y no solo en cabeza del fondo de pensiones y contrario a ello el actor siempre ratificó su vocación y la aceptación de las características que le fueron presentadas por PORVENIR, en el entendido que nunca antes había solicitado el traslado a Colpensiones.

Por tanto insiste, que no es dable que se haya declarado la ineficacia argumentando una falta de información, que solamente se encuentra precedida por una inconformidad aritmética relacionada al valor de la mesada que le pudiese llegar a corresponder en un régimen u otro, lo cual escapa de la órbita de responsabilidad de PORVENIR, toda vez que es el demandante quien con sus cotizaciones, con su expectativa de vida, con sus posibles beneficiarios quien tiene la posibilidad de determinar cuál es el valor a recibir en cuanto a la mesada pensional.

De otro lado indicó que en caso de que se confirme la condena a la ineficacia se revoque la orden de devolver los gastos de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ya que estos rubros fueron descontados por autorización del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y los gastos de administración se utilizaron para generar unos rendimientos financieros a los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, que además se está ordenando trasladar a Colpensiones, por lo que no resulta lógico trasladar a Colpensiones concepto alguno por cuotas de administración cuando Colpensiones desde 1994 no ha tenido a su cargo la administración de los dineros del actor, lo que implicaría un enriquecimiento sin justa causa para esta entidad. Y en lo que tiene que ver con los seguros previsionales señaló que los mismos fueron pagados a la aseguradora durante todo el tiempo de vinculación del demandante, lo que quiere decir que ya fueron causados por lo que no es posible su devolución. Así mismo adujo que debe tenerse en cuenta que los gastos de administración al no estar destinados a financiar la pensión del demandante están afectados del fenómeno prescriptivo conforme al artículo 151 del CPT y la SS.

Finalmente solicita que se revoque la condena en costas dado que PORVENIR efectuó su derecho de defensa conforme a los parámetros legales y no había lugar a la declaratoria de ineficacia.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.3.1. 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.

1.2.1. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Señaló que se debe revocar la sentencia de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado, toda vez que en el presente proceso no se encontró viciada la voluntad de la demandante, ya que la misma suscribió tal contrato de manera libre y voluntaria y en uso de sus facultades como persona legalmente capaz., además de que ha realizado aportes al fondo privado AFP PROTECCION S.A. desde hace más de 20 años, conoce los extractos de su cuenta de ahorro individual y ha recibido asesorías por parte del mismo.

Indicó que en caso en que la decisión sea confirmatoria, con base en el principio de la estabilidad financiera estipulado en el artículo 48 de la constitución política colombiana el cual fue modificado por el acto legislativo 01 de 2005, se debe ordenar a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores, como lo son los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin que haya lugar a deducción alguna comisión o realizar descuentos de las cotizaciones por ningún rubro, debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, lo anterior de acuerdo a lo

expuesto en las sentencias SL 4,964 de 2018, SL 4.989 de 2018, SL 1.421 de 2019, SL 1.688 de 2019 y SL4360 de 2019, SL 3464 de 2019, SL 2611 de 2020 entre otras, por cuanto precisamente la estabilidad financiera del sistema no se puede ver afectada por un acto que carece de eficacia, lo cual hace que sea necesario que se adicione la orden impuesta por el juez de instancia ordenando a las AFP la devolución de todos estos conceptos a Colpensiones de manera indexada, esto con el fin de que el valor de las cotizaciones no pueda resultar inferior a aquellas que en su momento debieron efectuarse a la administradora que represento y en caso de existir diferencias en el RPM sea el fondo de pensiones codemandado el que asuma el valor correspondiente de su propio patrimonio en razón de las equivalencias.

Finalmente indicó que en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, Colpensiones previamente debe valorar la viabilidad del reconocimiento con respecto a los valores que debe recibir por parte del fondo privado y la fecha en que efectivamente se trasladen, y además se debe tener en cuenta el termino otorgado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 para realizar los respectivos cálculos y de este modo atender de la mejor manera la prestación que solicita, por tanto se debe garantizar que Colpensiones como entidad pública cuente con la posibilidad de estudiar de manera real y viable el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por el demandante teniendo en cuenta que solo hasta la presente providencia se está declarando la nulidad o ineficacia del traslado, razón por la cual debe brindársele a la administradora Colpensiones la posibilidad de que por vía administrativa y una vez teniendo en cuenta los efectos de la sentencia proceda a estudiar si le asiste o no el derecho a la pensión de vejez al demandante resolviendo de fondo la pretensión contando con el termino otorgado por el artículo 33 de la ley 100 de 1993.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del 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 y dependiendo de ello se establecerá que haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada, especialmente lo atinente a las cuotas de administración y seguros previsionales.

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 alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la

providencia en los ítems que resulten necesarios, por lo que también se analizar si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos dispuestos por el despacho.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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 al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 25 de mayo de 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 26 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 el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS y por la injerencia de su empleador panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración.

Expresamente el señor JUAN CARLOS OCHOA CALLE en el aludido interrogatorio señaló que es bachiller y en la actualidad labora como asesor comercial en una ferretería. Respecto al traslado a señaló que en 1994 se encontraba laborando en una empresa de confecciones y la duela de la empresa les dijo que se debían pasar para HORIZONTES porque el Seguro Social se iba a acabar, pero no le dieron ninguna otra información adicional, indicó que durante el tiempo de vinculación a Porvenir nunca ha recibido los extractos por parte del fondo y jamás se ha acercado a las

instalaciones del fondo a solicitar información adicional, antes de cumplir 52 años no solicitó el traslado a COLPENSIONES. Manifestó que no sabía que en el régimen de ahorro individual podía pensionarse de forma anticipada, señaló que quiere trasladarse a COLPENSIONES porque su mesada pensional allí sería superior.

De otro lado indicó que nadie lo presionó para afiliarse a PORVENIR, que no fue reasesorado antes de cumplir los 52 años de edad, que cuando se trasladó al fondo privado no buscó asesoría en el ISS. Manifestó que en el momento se encuentra laborando pero no cotizando, que solicitó la pensión de vejez a PORVENIR en 2019, que fue cuando le indicaron que tendría derecho a un mínimo, mientras que en COLPENSIONES su pensión sería el doble, pero PORVENIR no le reconoció la pensión, no es pensionado.

Destáquese en este punto que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión total del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación completa por parte de un asesor.

En todo caso, 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.

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

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 el 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 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 el 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 el actor, 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, esto 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.

En el mismo sentido, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la

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.*

orden impartida, las AFPs deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, tal y como fue ordenado por la a quo.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **ADICIONÁNDOLA en el aspecto** antes aludido

PENSIÓN VEJEZ

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

Lo anterior por cuanto el demandante nació el 10 de febrero de 1957, conforme se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 25 del archivo 01 del expediente digital, cumpliendo 62 años el mismo día y mes del año 2019, y aunque NO obra en el plenario el Registro Civil de Nacimiento, aquel dato sí es coincidente con el que aprecia en la restante documentación, incluso incorporada por Colpensiones, entre ellas la Historia Laboral (fl 04 del expediente digital), entidad que por demás, mediante Concepto 4273229 de 2013² reconoció que la cédula era un documento idóneo para acreditar la edad al momento de reclamar este tipo de prestaciones económicas.

En cuanto a la densidad tenemos que de acuerdo con las diversas Historias Laborales allegadas por las entidades, le **cotizó al otrora ISS**, 342.71 semanas y cotizó 1.219 semanas a PORVENIR (fl 37) para un total de 1.562 semanas, superando así ampliamente el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003 de ahí que la fecha de causación correspondió al momento en que el accionante arribó a la edad.

² 4. Conclusiones

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

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

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

De ahí que tal prestación esta llamada a disfrutarse a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, hecho del que no existe certeza en el plenario, toda vez que si bien en la Historia Laboral obrante a folio 54, refleja una última cotización para el ciclo de junio de 2019, el actor en el interrogatorio indicó que continuaba laborando, por lo que no hay certeza si con posterioridad a esta fecha reanudó los aportes al sistema.

Así las cosas, como NO existe certeza del último aporte del accionante al sistema se mantendrá la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, **DISFRUTE** que se sometió a la verificación por parte de Colpensiones del reporte de la novedad de retiro o cesación de cotizaciones, hecho del que no existe constancia en el expediente, de ahí que fuese acertado el raciocinio de la falladora, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia en este punto.

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 el aspecto a que se hizo referencia.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 y a favor de la demandante.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JUAN CARLOS OCHOA CALLE** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.076.893 contra **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**.

TERCERO: Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 y a favor del demandante.

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: **JUAN CARLOS OCHOA CALLE**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-012-2020-00177-01.
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