



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de enero de dos mil veintitrés

22-186

Proceso: ORDINARIO LABORAL- CONSULTA
Demandante: **JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES**
Demandado: **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: 05266-31-05-001-2019-00265-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede conocer en el grado jurisdiccional de CONSULTA 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 01** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA y/o NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados con sus respectivos rendimientos y frutos. Y consecuentemente se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación en el sistema, recibir dichas sumas contabilizándolas como semanas efectivamente cotizadas y en caso de que la cuantía trasladada por Colfondos sea insuficiente para la financiación de su pensión se condene a COLFONDOS a pagar la diferencia a su cargo.

De forma subsidiaria solicita que en caso de negarse el traslado a Colpensiones se condene a COLFONDOS S.A. en calidad de indemnización por perjuicios materiales al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde que cumpla los 62 años de edad conforme a las condiciones previstas en el régimen de prima media con prestación definida, además del pago de perjuicios materiales y morales.

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

- ✓ Que nació el 27 de diciembre de 1956 contando en la actualidad con 62 años de edad.
- ✓ Que se afilió al CAJANAL el día 20 de abril de 1983 y posteriormente al Seguro Social.
- ✓ Que el 1º de agosto de 1997 firmó solicitud de traslado pensional al Régimen de Ahorro Individual a la AFP COLFONDOS, sin embargo dicha afiliación no tuvo efecto alguno, pues con sus cotizaciones continuaron siendo recibidas por CAJANAL hasta el 31 de junio de 2013 y a posteriormente por COLPENSIONES hasta el 31 de octubre de 2014 y solo hasta el mes de noviembre de 2014 COLFONDOS comenzó a recibir sus aportes.
- ✓ Que el traslado realizado en 1997 se dio cuando laboraba en la Secretaria de Educación Departamental de Putumayo, momento para el cual COLFONDOS los contacto con el fin de darles una asesoría donde les indicó que en el régimen privado podrían pensionarse de manera anticipada, con una mesada más alta y que sus beneficiarios podían recibir el capital ahorrado en caso de su fallecimiento, además se les indicó que sería más desfavorable seguir cotizando a CAJANAL o cual administradora del régimen de prima media como el ISS, pues estas entidades entrarían en procesos de liquidación, perjudicando las expectativas pensionales de los afiliados.
- ✓ Que al momento del traslado COLFONDOS no le brindó una asesoría personalizada técnica y suficiente, ni le realizó un estudio individual y concreto, con valores específicos respecto de la conveniencia de su traslado; tampoco le indicó con claridad los aspectos favorables y desfavorables del RAIS, la fecha de redención del bono pensional, los requisitos para pensionarse de forma anticipada o los beneficios del régimen de prima media que podía perder al trasladarse.
- ✓ Que como consecuencia del traslado, no ha podido acceder a la pensión de vejez a pesar de tener más de 62 años de edad y 1566 semanas cotizadas, por cuanto no acredita el capital necesario para la financiación de la pensión y la fecha de redención del bono pensional no ha acaecido, lo que le ha causado un perjuicio al tener que extender su vida laboral, generándole cansancio físico y mental, además de la incertidumbre frente a su situación pensional.
- ✓ Que entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004 no se le otorgó asesoría o información por parte de COLFONDOS respecto a la posibilidad de trasladarse de nuevo al

Régimen de Prima Media en este lapso, ni en ningún momento se le habló del derecho de retracto.

- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLFONDOS indicando que era cierto que el actor firmó el formulario de traslado a COLFONDOS aclarando que la fecha de afiliación fue el 21 de julio de 1997. Así mismo indicó que es cierto que los asesores de la entidad visitaran el lugar de trabajo para explicarle en que consistía el RAIS y mostrarle las ventajas y desventajas de dicho régimen, como que podría pensionarse de forma anticipada, que sus aportes serían heredables, pero aclaró que no es cierto que se le hubiera dicho que el régimen de prima media desaparecía, ni que le era más favorable estar en el RAIS que en el RPM, ya que la información brindada por los asesores se caracteriza por su transparencia e idoneidad, aceptó que el actor no se le realizó un cálculo o proyección, pues para el año 1997 no se exigía a las administradoras realizar las mismas, ni dejar por escrito constancia de la información brindada.

De otro lado manifestó que no es cierto que solo en noviembre de 2014 se recibieran los aportes del actor, ya que COLFONDOS comenzó a recibir los mismos desde septiembre de 2014, mes en el que se reportó la relación laboral con el empleador Secretaria de Educación Departamental, haciendo claridad que COLPENSIONES recibió cotizaciones por el demandante durante los periodos de julio de 2009 hasta agosto de 2014, sin embargo como el afiliado nunca registró vinculación con dicha entidad, Colpensiones realizó la devolución de los aportes a Colfondos por el proceso de No vinculados, aportes que a la fecha se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor. Así mismo indicó que no es cierto que no se le haya indicado al actor sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, pues COLFONDOS, en cumplimiento de la Circular 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera hizo difusión de lo consagrado en el Decreto 3800 de 2003 para los afiliados que les faltare 10 años o menos para pensionarse pudieran regresar al RPM por única vez y recuperar el régimen de transición, como consta en el comunicado de prensa del 16 de enero de 2004, sin embargo el demandante no hizo uso de tal derecho. Respecto de los demás hechos adujo no constarle por lo que deberían ser objeto de debate probatorio.

Por su parte COLPENSIONES S.A. indicó que es cierta la fecha de nacimiento del actor y la reclamación presentada a la entidad tendiente a obtener el traslado. En cuanto a los restantes hechos manifestó que no le constan por ser ajenos a la misma y por tanto deberán someterse a debate probatorio.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 2 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales en caso de haberlos, todo ello debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Así mismo ordenó a Colpensiones recibir dichos dineros y validar la afiliación del demandante, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestaciones a que hubiere lugar.

Finalmente condenó en costas a Colfondos S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido por ninguno de las partes interpuso 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.

De otro lado indicó que no era posible reconocer los perjuicios solicitados por la parte actora, dado que en el caso de autos no se demostró cuáles fueron los perjuicios causados al demandante.

2.2. CONSULTA

Toda vez que contra la sentencia de primera instancia no se interpuso ningún recurso, por lo que el proceso fue remitido para conocer el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, según lo dispone el artículo 69 del CPT y SS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, ya que la sentencia le fue adversa a COLPENSIONES, con el fin de salvaguardar los intereses del Estado como garante de esta entidad, conforme a lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencias 51237 de 4 de diciembre 2013 y 40.200 de 2015, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas

2.3. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Adujo que no es procedente la pretensión de traslado de régimen, ya que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a su pensión, según lo dispone el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni tampoco cumple los requisitos dispuestos en la sentencia SU-062 de 2010 que permite el traslado de quienes se pasaron al RAIS siendo beneficiarios del régimen de transición, pese a que les falte menos de 10 años.

De otro lado indicó que solo podría pedir la anulación del traslado efectuado en caso de encontrarse en una de estas hipótesis:

- “Su firma ha sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 referente a los delitos contra la fe pública, en especial a la falsedad en documentos. Una vez la autoridad competente se pronuncie sobre el asunto, el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la Entidad y allegando copia del respectivo informe grafológico
- El empleador lo afilió sin su consentimiento: El formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado.
- Traslado de Régimen por sentencia SU 062 de 2010: en el cumplimiento de las condiciones y requisitos señalados”.

Señaló que ninguna de esas causales se logró observar dentro de la demanda, en la cual solo arguyó la actora una información inadecuada y poco veraz. Agregó que la demandante plasmó su firma en el formulario y siendo una persona legalmente capaz, debe entenderse que ella aceptó cada una de las condiciones ofrecidas, en consecuencia, y que no resultaba dable años después mostrar inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo

privado que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecho con lo que ese fondo privado le ofrecía.

Expuso conforme al Decreto 3800 de 2004 en los artículos 1° y 2° que las personas que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha. Que además esa entidad no puede argumentar motivos de equidad y desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión del afiliado, que como institución de carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones en equidad.

Adujo que en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, que 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 ello inicialmente 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. Aunado a ello se determinará qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad

relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo,

		sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta 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 21 de julio de 1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A (fl 28 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, quien manifestó que niquiera recibió asesoría y que no recuerda haber suscrito el aludido formulario, a pesar de que reconoció que esa era su firma.

Y es que expresamente el señor JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES en el aludido interrogatorio expuso que tiene estudios universitarios hasta especialización. Indicó que ingresó a laboral en 1983 afiliándose a CAJANAL y en 2013 lo pasaron a COLPENSIONES cuando dicha entidad desapareció, pero en noviembre de 2014 le comenzaron a descontar para COLFONDOS, pero solo se dio cuenta que era afiliado a dicha entidad cuando fue a reclamar la pensión, sin que nunca hubiera tenido ninguna asesoría por parte de dicho fondo o le hubieran realizado algún tipo de cálculo de cuál era su mejor opción para pensionarse. Adujo que no conoce las diferencias entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual. Indicó que no recuerda haber firmado un formulario para afiliarse a Colfondos y como hasta 2014 sus descuentos se hacían para Colpensiones estaba seguro que estaba afiliado allí, porque Colfondos nunca exigió su descuento a la Secretaría de Educación donde él labora.

Señaló que a pesar de haberse dado cuenta que estaba en Colfondos desde el 2014 solo interpuso la demanda hasta ahora, porque en el Putumayo no había forma de poner la demanda, solo podía hacerlo en una ciudad principal, lo cual solo pudo hacer hasta ahora. Indicó que nunca vio asesores en la Secretaría de Educación Departamental donde él laboraba. Adujo que la firma contenida en el formulario de afiliación a Colfondos que se le puso de presente es la suya, así como los datos contenidos en el mismo.

Manifestó que Colpensiones en ningún momento informó a la Secretaria de Educación que él no era afiliado, simplemente recibían los aportes y solo en el momento en que solicitó la pensión fue cuando le dijeron que era afiliado a COLFONDOS y que su dinero lo iban a trasladar allí, cuando él niquiera sabía que estaba afiliado en COLFONDOS. Dijo que quiere regresar a COLPENSIONES, porque con COLFONDOS su pensión quedaría muy bajita, lo cual lo perjudica, además como no tuvo la asesoría correcta por parte de COLFONDOS puso la demanda para que lo pensionen por COLPENSIONES.

Reiteró que siempre sus descuentos se hicieron con destino a COLPENSIONES, pero nunca nadie le dijo que estaba en COLFONDOS, que él no recuerda haber firmado el formulario de afiliación, solo se dio cuenta en noviembre de 2014, reconoce la firma en el formulario, pero indica que no es su letra con la cual están consignados los datos.

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

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación a COLFONDOS, el demandante no fue informado sobre las implicaciones de su traslado, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. 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 tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que lograrse alcanzar durante su vida laboral.

Por consiguiente, es claro que era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que les correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, quien aseguró que no se le brindó ninguna asesoría previo a la firma del formulario de afiliación.

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

Es importante señalar que si bien para el año 1997 cuando se dio el traslado al RAIS, el señor JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES no se encontraba cotizando al ISS, pues laboraba para la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO estando afiliada a CAJA

NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL, que era el fondo administrador del régimen de prima media para los empleados públicos del orden nacional, su retorno se ordena a COLPENSIONES, pues conforme al Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, disponiendo en su artículo 4º que los afiliados a dicho fondo pasarían al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES

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, de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo.

En este punto debe precisarse que si bien el señor JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES se trasladó a COLFONDOS desde el 21 de julio de 1997, lo cierto es que según el certificado para bono pensional expedido por la SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO a folios 31/45 del archivo 01 digital, así como las historias laborales expedidas por COLPENSIONES (fl 18/22 archivo 04) y COLFONDOS (fl 29/30 archivo 01), puede colegirse que la SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, empleador de la época, continuó realizando las cotizaciones del demandante a CAJANAL hasta junio de 2009, luego de julio de 2009 a agosto de 2014 cotizó a COLPENSIONES, aportes que fueron devueltos a COLFONDOS al haberse percatado que el señor ORTEGA BENAVIDES estaba afiliado a dicho fondo, lo que reitera la AFP en la respuesta a la demanda, y solo a partir de septiembre de 2014 se efectuaron aportes a COLFONDOS, es por ello, que en la cuenta de ahorro individual del actor, únicamente se reportan cotizaciones a partir de julio de 2009 en adelante.

En consecuencia la orden dada a COLFONDOS de devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), se circunscribe a los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor, debiéndose adelantar las gestiones pertinentes para reclamar ante la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN

PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, entidad responsable de las cotizaciones que estaban a cargo de CAJANAL, que incluya en los aportes a trasladar a COLPENSIONES los tiempos hasta junio de 2009, cuando efectivamente recibió las cotizaciones del actor.

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.

Así mismo estima la Sala que se debe ordenar la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, tal y como de forma acertada lo indicó la a quo, cuando señaló que este dinero debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, pues el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo, debiendo **CONFIRMARSE** la sentencia en este punto.

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.

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

Sin embargo se ADICIONARÁ el fallo en mención, indicando que al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo ordenó la Corte en sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021.

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 antes aludido.

Sin costas en esta instancia.

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 8 de febrero de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora

JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES identificado con la cédula de ciudadanía Nro.18.122.381 contra **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONA el numeral tercero del fallo bajo el entendido que **COLFONDOS S.A.**, al momento de cumplir la orden, los conceptos que traslade a COLPENSIONES deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Demandante: **JESÚS LEONEL ORTEGA BENAVIDES**
Demandado: **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: **05266-31-05-001-2019-00265-01.**
Tema: **ineficacia traslado**
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**
Fecha de la sentencia: **23/01/2023/**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **24/01/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario