



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, ocho de febrero de dos mil veintitrés

22-169

Proceso: **ORDINARIO LABORAL- Apelación**
Demandante: **LUZ PIEDAD HERRERA SUAREZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-012-2021-00250-01.**
Tema: **Ineficacia Traslado**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**

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

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 03** 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 **NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes incluyendo los rendimientos que reposen en su cuenta de ahorro individual. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última entidad reactivar la afiliación en el sistema. Por último, solicita que las dos entidades sean condenadas en costas.

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

- ✓ Que nació el 04 de mayo de 1965 por lo que en la actualidad cuenta con 56 años de edad.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS en julio de 1986 y realizó aportes hasta marzo de 1998.
- ✓ Que en diciembre de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR S.A hasta la actualidad.
- ✓ Que el 07 de enero de 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado por estar a menos de diez años de adquirir el derecho a pensionarse.
- ✓ Que solicitó a Porvenir S.A las pruebas de asesoría inicial y re asesoría, así como también prueba del formulario de afiliación, un reporte de cotizaciones, una proyección de las mesadas pensionales y la solicitud de traslado con destino al Régimen de Prima Media. En la respuesta, dicha entidad no aportó la prueba de las asesorías pues manifiesta que se realizaban de manera verbal y negó la posibilidad de efectuar el traslado aduciendo el mismo argumento que Colpensiones.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controviertieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció PORVENIR indicando que no le constan los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, la solicitud de afiliación a Colpensiones y la respuesta de la misma. Agregó que la demandante tuvo libre escogencia para la afiliación, pues le fue suministrada información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del RAIS; por lo cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación a Porvenir fue libre, voluntaria e informada.

Por su parte, COLPENSIONES manifestó que no le consta que la demandante haya presentado una solicitud a Porvenir ni la respuesta de la misma, sobre los demás hechos señaló que son ciertos.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 16 de junio de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había

permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. Así mismo dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría eficiente, eficaz, oportuna, comprensible, clara, completa, veraz y que abarcara todas las etapas del proceso donde se diera a conocer todas las alternativas, beneficios y desventajas, aspecto que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A

Señaló que debe revocarse la declaratoria la ineficacia de traslado de régimen pensional realizado por la demandante a Porvenir S.A, pues existe un contrato de afiliación suscrito para administrar la cuenta de ahorro individual de la actora, cuyas condiciones están establecidas expresamente en la ley, sin que le sea posible a Porvenir cambiarlas unilateralmente.

La demandante no podía alegar que desconocía las características propias del régimen de pensión, pues ellas están previamente establecidas en la Ley 100 de 1993, además, el artículo 9 del Código

Civil afirma que *“la ignorancia de la ley no sirve de excusa”*. Es decir, se establece una presunción legal con base en la cual una vez promulgada dicha normatividad se debe conocerla sin poder alegar la propia negligencia o culpa a su favor. Es por ello que la demandante no puede desconocer ciertas condiciones pretendiendo evadir los efectos de un régimen al cual se afilió de forma libre y voluntaria rehusándose a una eventual mesada pensional bajo el argumento de que no satisface sus intereses o deseos personales. Dicha presunción debía ser aplicada por la juzgadora de primera instancia y como consecuencia, manifestar que Porvenir cumplió con su deber de información saliendo avante de las pretensiones de la demanda.

De otro lado señaló que en caso de que se confirme declaratoria de la ineficacia se debe revocar la orden de devolver lo descontado por concepto de comisión de administración y las sumas de seguro previsional. Frente al primero explica que es un valor autorizado a descontar como consecuencia de la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y que en este caso generó rendimientos financieros incluso por encima del mínimo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia. Manifestó que el devolver estas sumas a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa pues en caso de que la demandante hubiere permanecido en el RDPMPD también se hubieran generado estos descuentos. Sobre el segundo concepto indicó que son sumas pagadas a un tercero de buena que cubrió los riesgos de invalidez y muerte durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante. Agregó que debido a que estas sumas no están destinadas a financiar la pensión puede alegarse la prescripción de las mismas.

Finalmente, expuso que tampoco hay lugar a devolver los conceptos ordenados de forma indexada, pues la eventual pérdida del poder adquisitivo de la moneda que hayan podido sufrir se cubre con los rendimientos generados por Porvenir durante todo el tiempo de vinculación. Aunado a ello no hay ninguna disposición en el ordenamiento jurídico que le imponga a las AFP la obligación de devolver sumas adicionales a las cotizaciones y los rendimientos cuando proceda un traslado de régimen pensional.

2.3. ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Señaló que se debe revocar la sentencia de primera pues dentro del proceso quedó demostrado que la demandante se trasladó al RAIS a la AFP PORVENIR S.A, a través de formulario de vinculación de manera, libre, espontánea y sin presiones tal y como lo hace constar la misma accionante al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro del formulario de afiliación y como lo expresa dentro del interrogatorio de parte, para la fecha del traslado, el deber de información que tenían las

administradoras de pensiones se encontraba en marcado en bajo los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993, toda vez que el deber de información debe ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

De otro lado indica que conforme al artículo 167 del C.G. del P. corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. En los eventos de traslado de Régimen, sin atender las situaciones particulares de cada caso, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y/ COLPENSIONES y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. La carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Así la sentencia C 086 de 2016, que analizó la constitucionalidad del art. 167 del Código General del Proceso, dejó sentado varias hipótesis donde puede tener cabida la carga dinámica de la prueba: *(i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, “entre otras circunstancias similares”.*

Conforme a lo anterior, señala que no pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente NO pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. La Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor. En conclusión, con lo señalado hasta ahora, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016.

Dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio. Además, en estas condiciones, ya no se trata de dar aplicación a la doctrina de la carga dinámica de la prueba, sino de la creación de una presunción de la mala fe de los Fondos. Presunción que éstos deben desvirtuar, en condiciones tan desfavorables como las de los propios afiliados, si se tiene en cuenta que desechada la prueba documental que es el formulario de afiliación debe acudir a la prueba testimonial y/ interrogatorio de parte, y que dado el paso tan considerable del tiempo se hace virtualmente imposible, toda vez que la mayoría de los asesores ya no trabajan los fondos, y la memoria de los involucrados no resulta ya ser tan clara. Se vulnera así el derecho constitucional de los fondos de tener la oportunidad probatoria para defender sus intereses, por desconocer las reglas clásicas de la carga de la prueba y asignarla a su cargo de manera absoluta; exigiéndole pruebas diferentes a las que reposan naturalmente en sus archivos.

De otro lado, agrega que dentro de los fallos relacionados con traslado de Régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte Suprema de Justicia sala laboral hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS; pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante. Dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño. Este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados, cuentan con el deber de asesorarse, es decir cuentan también con obligaciones legales según el Decreto 2241 de 2010 y en virtud de las obligaciones reciprocas del contrato de afiliación. En este sentido el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones, en específico el artículo 4º del decreto en mención.

De conformidad con la anterior normatividad existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el Régimen seleccionado. La única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento. Dentro del caso de la referencia, no se probó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual haya sido por falta de información al demandante, pues como quedó establecido en la declaración rendida por esta indicó que en el momento en que se trasladó a la AFP

PORVENIR S.A, el asesor del fondo privado le suministró la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación, además que lo firmó sin ningún tipo de presión, circunstancia que permiten claramente concluir que su traslado fue voluntario, libre y consentido sin ningún tipo de presión tal como lo ratificó la misma accionante en el interrogatorio de parte

De otro lado, indica que en la actualidad se da una aplicación indebida del artículo 1.604 del Código Civil puesto que no se atiende de forma sistemática otras normas del mismo estatuto que prohíben alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos (error de derecho). De esta manera es necesario demostrar la existencia de un vicio del consentimiento. Es importante precisar que la Corte Suprema, dentro de los fallos relativos a nulidad o inexistencia del traslado de régimen, fundamenta parte de su decisión en el código Civil (artículo 1604) pero desconoce otras normas del mismo estatuto que establecen correlativamente obligaciones en relación con el demandante.

Por otro lado, indica que el fallo impugnado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen en la situación pensional del accionante, no debe ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, esto es, la disparidad en cifras por el aspecto estructural del sistema general de pensiones, no es habilitante para que prospere una demanda de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen. Ello si se tiene que el objeto perseguido por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, no es otro que evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se aparta del valor material de la igualdad,, indicándose que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros, esto conforme fue indicado en sentencias C-1024 de 2004, C-789 de 2002 y SU-130 de 2013.

Finalmente manifiesta que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se mantenga la orden de devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con sus cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, se MODIFIQUE LA DECISION indicando que dichas sumas sean devueltos DE MANERA INDEXADOS; así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que el demandante permaneció afiliado al RAIS, lo anterior en

atención que es indudable la pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana con el paso del tiempo, y se debe garantizar el financiamiento de la futura pensión a la demandante, y tales conceptos no dan lugar a compensarse, con los rendimientos financieros, pues estos no hacen parte del fondo sino del demandante y entrarían acrecentar los aportes del fondo de naturaleza pública que administra mi mandante, aunado a lo anterior se debe garantizar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, esto en atención a recientes postulado de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A., analizando especialmente lo atinente a las cuotas de administración, si estos deben ser indexados y si sobre estos operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

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

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó

determinantemente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

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

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

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico

del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 26 de diciembre de 1999 cuando suscribió el formulario de vinculación a Porvenir S.A. (fl 77 del archivo 04 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes.

Y es que expresamente la señora LUZ PIEDAD HERRERA SUAREZ en el aludido interrogatorio expuso que es contadora publica y actualmente tiene una empresa de contabilidad. Respecto del traslado a Porvenir S.A adujo que no recuerda ningún detalle del mismo, desconoce si la abordó un asesor o si recibió una asesoría, incluso ignora quiénes son sus beneficiarios. Tampoco explica en qué momento notó que estaba afiliada a ese fondo y se limita a mencionar que para ella no era importante, que solo ahora (a portas de pensionarse) se cuestionó tal situación. Indicó que hace aproximadamente 2 o 3 años, Porvenir le ha reportado los extractos de forma esporádica pero que no los ha detallado, que no tenía conocimiento de que su pensión dependía del capital ahorrado, así como tampoco la opción de pensión anticipada, que sabía que podía hacer aportes voluntarios pero que no tenía la capacidad económica para ello.

Que no solicitó el retorno a Colpensiones antes de los 47 años porque confiaba en que recibiría una buena pensión por parte de Porvenir. Sin embargo, cuando se acercó a esta última entidad (hace 4 años aprox.) para saber cuál sería el valor de su mesada pensional no le pareció justo que esta estuviera por debajo del salario mínimo.

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

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación a PORVENIR la demandante no fue informada 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 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 de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a

trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien ordenó a PORVENIR S.A devolver TODOS los dineros percibidos por el fondo con motivo de la afiliación, precisando que ello implicaba el retorno de los tres ítems que componían los gastos de administración, debidamente indexados y discriminados.

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.

Ahora, también menciona la recurrente que si bien el precedente ha señalado que la acción a través de la cual se pretende la declaratoria de ineficacia no *prescribe*, tal fenómeno sí debe operar respecto de los montos a retornar. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad.

Mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reiteró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, administradoras. Así mismo, en sentencia SL1942-2021 se adujo que:

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

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

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

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

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

De otro lado, respecto a la INDEXACIÓN de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Porvenir S.A. teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha

de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **CONFIRMARÁ** el fallo.

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.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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 16 de junio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **LUZ PIEDAD HERRERA SUÁREZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.886.565 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.

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.*

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 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



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



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: **LUZ PIEDAD HERRERA SUAREZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-012-2021-00250-01.**
Tema: **Ineficacia Traslado**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **08/02/2023/**

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 **09/02/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario