



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, catorce de febrero de dos mil veintitrés

22-152

Proceso: ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante: **NANCY MARGARITA ALCALÁ TORRES**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-019-2021-00504-01.
Tema: **INEFICACIA TRASLADO**
Decisión: **MODIFICA**

Link: [22-152 \(019-2021-00504\)](#) expediente digital

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 Colpensiones y 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 4** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposen en su cuenta de ahorro individual. Consecuencialmente solicita que se ordene a esta última reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 17 de enero de 1966.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS en octubre de 1990
- ✓ Que a la fecha cuenta con más de 1.274 semanas cotizadas.
- ✓ Que en julio de 2002 se trasladó a Colfondos S.A. como condición para firmar un contrato de prestación de servicios, pero dicho traslado lo realizó sin ningún tipo de asesoría.
- ✓ Que no recibió re-asesoría por parte de Colfondos S.A. ni de Porvenir S.A. antes de cumplir los 47 años.
- ✓ Que en marzo de 2007 su empleador le solicitó afiliarse a Porvenir S.A y que lo hizo, pero sin ningún tipo de asesoría. (Enlista la información que nunca le suministró el asesor).
- ✓ Que el 08 de noviembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado al RPM, el cual le fue negado.
- ✓ Que el 04 de noviembre de 2021 y el 08 de noviembre de 2021, solicitó a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A, respectivamente, información sobre el traslado de régimen de pensiones y que esta última entidad no dio una respuesta concreta frente a los cuestionamientos.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones aceptando los hechos relativos a las semanas cotizadas y a la solicitud de traslado al RPMPD. Además, realizó algunas precisiones en torno a la restricción de la edad contemplada en la Ley 737 de 2003. Por su parte Colfondos negó el incumplimiento del deber de información al señalar que cuenta con un departamento especializado para capacitar a sus asesores comerciales quienes explicaron de manera satisfactoria, las características, particularidades, bondades y limitaciones de los regímenes pensionales. Añade que fue la demandante quien de manera voluntaria, informada, libre, espontánea y sin presión eligió trasladarse al RAIS. En el mismo sentido, Porvenir S.A. adujo que en ningún momento utilizó como “estrategias el miedo y la desinformación” sino que desplegó una campaña en la que explicó a los usuarios todas las condiciones del RAIS y en especial las características de la afiliación a la entidad, dando cumplimiento a las obligaciones legales vigentes en su momento. Aclara que la afiliación se realizó de forma informada, libre y voluntaria pues la demandante recibió información clara, suficiente, veraz y oportuna.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de junio de 2022, el Juzgado Diecinueve 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 los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, últimos dos rubros que igualmente ordenó devolver a Colfondos durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Excluyó de la devolución, los dineros destinados al pago de seguros previsionales.

Finalmente condenó en costas a ambas administradoras del RAIS, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.300.000, correspondiendo a cada AFP el 50%.

Dentro del término concedido por la ley, Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron y sustentaron 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 las administradoras 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, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar, pues estimó que no se incluirían los seguros previsionales.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. COLPENSIONES

Aduce que la demandante carece de fundamentos probatorios que permitan hablar de cualquier tipo de condena para Colpensiones, toda vez que existió un consentimiento libre y espontaneo el cual está materializado en la afiliación al RAIS. Agrega que en su momento Colpensiones como sujeto pasivo no tuvo nada que ver con la decisión que sin coacción alguna tomó la afiliada a la hora de definir su situación pensional, sino que simplemente aceptó la decisión libre de la misma. Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la afiliada contaba con un espectro amplio de decisión para definir la situación pensional que mejor se ajustara a sus condiciones particulares y le permitiera hablar de una acertada elección la cual finalmente se vio materializada en la suscripción del formulario de afiliación.

Teniendo en cuenta que la demandante no se encuentra afiliada a Colpensiones, no es procedente el reconocimiento del traslado y la inclusión al RDPMPD deprecado. No le es dable a la demandante invocar un vicio de consentimiento, pues el mismo se hizo efectivo y surgieron las consecuencias propias de la afiliación al nuevo régimen. En consecuencia, no se puede hablar de un fallo favorable para la accionante porque la cobija el principio de autorresponsabilidad de los hechos que se afirman y por ende, es ella la llamada a aportar pruebas para demostrar que el traslado se realizó de forma engañosa y con falta de información y no por el contrario dar por sentado un hecho que le es ajeno a Colpensiones. Es por ello que resulta improcedente imponer cargas económicas adicionales a esta entidad cuando la misma se rige por el principio de buena fe y no está en la obligación de retener a sus afiliados.

2.2.2. APELACIÓN PORVENIR S.A.

Argumenta que la decisión de la demandante se realizó de forma espontánea y sin apremios de alguna naturaleza pues su voluntad de afiliación al RAIS quedó evidenciada con la suscripción de los dos formularios de vinculación (movilidad). Ahora bien, debido a que la demandante alega que su afiliación se dio en virtud de una vinculación laboral con sus empleadores, se resalta que Porvenir no tiene la competencia para negar los traslados y es por ello que no puede soportar las consecuencias negativas impuestas en el fallo de primera instancia.

Ahora bien, es claro que el presente proceso no se inicia desde un reproche a la falta de información sino frente a las expectativas económicas y ello genera una afectación a la seguridad jurídica de Porvenir. Añade que esta entidad ha realizado campañas masivas para informar a los consumidores financieros de los distintos cambios normativos, y que por medio de los diferentes medios de comunicación se han dado a conocer las novedades a los afiliados. Pese a lo anterior, en el proceso no quedó probado que la demandante haya desplegado los medios necesarios para auto informarse del acto jurídico que celebró aun cuando los canales de comunicación siempre están a disposición. Reitera que en todo momento Porvenir cumplió con el deber de información, que la afiliación fue completamente válida y que la voluntad de la demandante quedó probada a través del formulario de vinculación que es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

En cuanto al deber de información que se está reprochando hay que tener en cuenta que obligaciones como desincentivar la afiliación o la doble asesoría surgen a partir del año 2010. Frente a ello la Corte Suprema de Justicia ha expresado que estas obligaciones no podrían aplicarse de forma retroactiva a los fondos privados de pensiones.

Finalmente, acorde con el principio de sostenibilidad financiera del sistema solicita que, en caso de confirmar la ineficacia del traslado, se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración pues son sumas que ya no están en el patrimonio de Porvenir debido a que se usaron para generar rendimientos financieros ocasionando consecuencias positivas que se ven reflejadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

2.3.ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Adujo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación de la demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado debido a que 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. Agrega que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación.

Por otro lado, señala que el traslado de régimen pensional fue realizado voluntariamente por la demandante y que se puede verificar en el escrito de demanda pues fue la actora quien seleccionó y accedió sin inconveniente alguno a pertenecer al RAIS sin verificar de fondo las consecuencias tanto positivas como negativas de dicho cambio, situación como tal que le es totalmente ajena a COLPENSIONES, quien no podía evitar que la afiliada renunciara al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte administrados por el RDPMPD, dado que el acto de selección implica un previo examen que permitan avizorar que dicho régimen es mejor que el otro.

Expresamente señala que:

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

hecho que reitero le es ajeno a Colpensiones a la hora de dar por ciertos los hechos que indica.

Resalta apartes de las Sentencias SU-062 de 2010 y C- 1024 DE 2004 para concluir que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a Colpensiones cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados, por lo que todo lo acontecido en razón al traslado de régimen de la parte actora no puede ser atribuido bajo ninguna perspectiva a esta entidad, ni se le puede imponer cargas insostenibles.

2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Frente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación señala que no existían razones fácticas o jurídicas 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 la accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes y Porvenir cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y que las otras obligaciones fueron posteriores a la fecha de afiliación de la demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la parte demandante solicita desde la pretensión de la demanda la figura de la ineficacia, con ocasión, a una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, se recuerda que las mismas se encuentran en la ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicar las mismas.

Aunado a lo anterior, considera que la condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante debe ser revocada pero que en caso de dejar en firme la afiliación solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por gastos de administración pues las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las 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. Que 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.

Además, 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 no 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.

Reiterando lo expuesto en la contestación, refiere 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

Por último, frente a las costas señala que Porvenir siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe.

2.3.3. ALEGATOS DEMANDANTE

Señala que uno de los principios que rigen el derecho laboral y de la seguridad social, es el principio de favorabilidad, en el cual se deben basar las decisiones de quienes estén investidos como jueces laborales. Este principio, nos dice que, en caso de duda y aplicación de normas e interpretaciones jurídicas, se debe aplicar la más favorable al trabajador, al pre pensionado. Tras citar jurisprudencia resalta que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información. Acorde a ello resalta que los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del

traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que la demandante cumpliera los 47 años. Incluso, que en el interrogatorio de parte se probó que la actora fue engañada por los asesores de las AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse al RAIS.

Finalmente, expresa que se debe tener en consideración la Sentencia STP 12082 DEL 2019, donde la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia reitera la posición sentada por la Sala Laboral de esta alta corporación y REVOCA una decisión tomada en contra del derecho por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, 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.

Por ello también se examinará qué haberes le corresponde retornar a las administradoras del RAIS accionadas.

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

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
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 17 de mayo de 2002 cuando suscribió el formulario de vinculación a Colfondos (fl 25 del archivo 12 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia del empleador.

Y es que expresamente la señora NANCY MARGARITA ALCALA TORRES en el aludido interrogatorio expuso que actualmente es contratista. Respecto del traslado a Colfondos adujo que no lo recuerda con claridad porque fue hace muchos años, pero relata que la entidad con la que tenía un contrato para desarrollar temas propios de hacienda pública fue quien la afilió a esta AFP. Que no recuerda si recibió una asesoría previa a la afiliación y que durante el tiempo que estuvo vinculada no se acercó a ninguna oficina para indagar sobre su traslado.

Que luego se pasó a Porvenir bajo las mismas circunstancias descritas anteriormente y agrega que las entidades con las que trabajaba *hacían lo propio* (las afiliaciones) y que ella *no tenía injerencia ni se sentía presionada porque era algo muy común*. Expresa que no ha recibido información suficiente por parte de los fondos privados y que los canales de comunicación directa no se han presentado pues hasta hace poco empezó a recibir algunos correos con sus extractos. Que su inconformidad

con pertenecer al RAIS surgió después de que recibiera una asesoría en materia pensional por parte de su abogado pues antes no era consciente.

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

En todo caso, 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. 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.

De otro lado, tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición, pero en virtud de la densidad. No obstante, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la asegurada busca obtener la consecuencia jurídica que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora Alcalá Torres, quien en 2002 se vinculó a Colfondos (fl. 25 archivo 12), y en 2007 a Porvenir (fl. 63 archivo 13). Lo anterior por cuanto, de un lado, importa examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo.

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

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

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

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de

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

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

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradoras del RAIS accionadas, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a COLFONDOS y PORVENIR devolver las cuotas de administración, no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, pues excluyó los seguros previsionales y no precisó que también implicaba el retorno del dinero descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

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 Porvenir S.A. y Colfondos.

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.

De otro lado, el juez omitió pronunciarse respecto de la INDEXACIÓN de los tres ítems que componen los costos de administración, por lo que esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** 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 Colfondos y Porvenir respecto del tiempo de permanencia en cada fondo, 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, las administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** 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, **modificándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a Colpensiones y Porvenir 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 a cargo de cada entidad.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 28 de junio de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **NANCY MARGARITA ALCALÁ TORRES** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 39.559.446 contra **COLFONDOS S.A., 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: MODIFICAR el numeral tercero del fallo bajo el entendido que PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, última orden que también se extenderá a COLFONDOS S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibieron durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada uno, montos que serán debidamente INDEXADOS por las administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, últimos aspecto en el que se **ADICIONA** la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de la 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 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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante:	NANCY MARGARITA ALCALÁ TORRES
Demandado:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-019-2021-00504-01.
Tema:	INEFICACIA TRASLADO
Decisión:	MODIFICA
Fecha de la sentencia:	14/02/2023

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 15/02/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario