



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, primero de marzo de dos mil veintitrés

22-153

Proceso: ORDINARIO LABORAL- Apelación.
Demandante: **CESAR AUGUSTO POMPEYO HERNANDEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-019-2021-00290-01.
Tema: **INEFICACIA TRASLADO**
Decisión: **MODIFICA**

Link: [22-153 \(019-2021-00290\)](#) 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 Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Conforme el contenido de los memoriales allegados, se reconoce personería a los siguientes:

A la doctora PAULA ANDREA ARBOLEDA VILLA, identificada con C.C. 1.152.201.387 de Medellín y T.P. N° 270.475 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR, por estar adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como consta en el certificado de existencia y representación legal, persona jurídica que funge como apoderada judicial de tal administradora según escritura pública No. 1326 del 11 de mayo de 2022 la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.

Al doctor NESTOR EDUARDO PANTOJA GOMEZ identificado con C.C. No. 1.085.288.587 y portador de la T.P. No. 285.871 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera la apoderada general JHOSMAR ELIANA MORENO PEDROZA representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.

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 6** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA y/o NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, 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 a reactivar la afiliación en el sistema, dentro de los dos meses siguientes al fallo.

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

- ✓ Que nació el 29 de julio de 1957.
- ✓ Que inició a cotizar en el RPMPD en marzo de 1983 y a la fecha cuenta con más de 1.445 semanas de cotización.
- ✓ Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 36 años de edad y 408 semanas de cotización.
- ✓ Que en enero de 2001, la empresa donde trabajaba le solicitó afiliarse a Porvenir S.A. como requisito para suscribir un contrato de prestación de servicios, y lo puso en contacto con un asesor comercial quien no le dio ninguna información sobre el traslado.
- ✓ Que no recibió re-asesoría antes de cumplir los 52 años.
- ✓ Que el 27 de abril de 2021 solicitó a Colpensiones el retorno al régimen de prima media pero este le fue negado.
- ✓ Que el 28 de abril de 2021 solicitó a Porvenir información y aclaración de incógnitas sobre el traslado de AFP, pero esta no dio una respuesta concreta.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones aceptando los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor y su calidad de afiliado al extinto ISS. Sobre los demás indicó que eran circunstancias ajenas a su conocimiento. Por

su parte Porvenir S.A., en síntesis, negó el incumplimiento del deber de información al señalar que el traslado de régimen que efectuó el actor se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha junto con la debida asesoría. Añadió que para el momento del traslado no existía obligación de emitir proyección pensional y respecto a lo acontecido con el empleador, precisó que Porvenir no tuvo injerencia alguna. Por último, señaló que en 2002 el demandante solicitó “la cancelación y devolución del dinero depositado en la cuenta de referencia” aduciendo que los rendimientos financieros no satisfacían su expectativa, no obstante, este se mantuvo afiliado a la entidad reafirmando su voluntad inicial de pertenecer a ese régimen.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 29 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 el 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, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales.

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

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones 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 la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar, pues estimó que no era procedente la inclusión de los seguros previsionales.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR S.A.

Advierte que cumplió con todas y cada una de las obligaciones instituidas en la ley, con el deber de información establecido para la época, consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ya que los requisitos de información que aducía el despacho que debían darse en el momento de la afiliación, correspondían a disposiciones del Decreto 2241 de 2010 que no estaba vigente al momento del traslado del demandante.

Además, no comparte la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional porque el demandante confesó que pretende trasladarse nuevamente al RPMPD no por una falta al deber de información sino por el no cumplimiento de expectativas pensionales respecto de Porvenir, aunado a que tampoco solicitó una asesoría por parte de Colpensiones. Esto significa que puede haber un patrón constante de desinformación desde el punto de vista del demandante porque no tiene sentido que se ordene la ineficacia del traslado porque Porvenir omitió su deber de información pero que se le convalide al demandante el retorno al RDPMPD, siendo este un fondo de pensiones que tampoco ha asesorado al afiliado y al cual ni siquiera ha cuestionado o ha intentado analizar. Lo anterior refuerza el argumento de que el no cumplimiento de expectativas pensionales no puede ser la razón de la solicitud de ineficacia del traslado.

Con las declaraciones del demandante y con la motivación de la sentencia de primera instancia, se contradice la línea jurisprudencial que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de que el no cumplimiento de las expectativas pensionales no es óbice para declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional, e incluso se le está convalidando al demandante para que retorne a un régimen que no conoce, simplemente basándose en las expectativas económicas.

Finalmente, solicita que se revoque la orden de devolver los gastos de administración puesto que representaría desconocer la adecuada gestión fiduciaria encomendada por la Ley 100 de 1993 a los fondos privados de pensiones y en este caso, al ser una situación excepcional para el RAIS, desde el punto de vista de la técnica jurídica, existiría un enriquecimiento sin justa causa para el RDPMPD.

2.2.2 APELACIÓN COLPENSIONES

Considera que la demanda carece de fundamentos probatorios que permitan hablar de una condena a cargo de Colpensiones toda vez que el traslado goza de plena validez y no tuvo nada que ver con la decisión que sin coacción alguna tomó el demandante al momento de trasladarse de régimen.

Que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el afiliado contaba con un espectro de decisión muchísimo más amplio para definir la situación pensional que más se ajustara a sus situaciones particulares. Que debía hacerse un análisis mínimo que le permitiera tomar una decisión la cual se debía materializar con la aceptación y suscripción del formulario de afiliación diligenciado correctamente sin coacción o dolo que afectaran la validez del negocio jurídico. Teniendo en cuenta que el demandante no está afiliado a Colpensiones, no era procedente reconocer el traslado e inclusión al RDPMPD, tampoco le era dable alegar un vicio de consentimiento en el traslado al RAIS ya que el mismo se hizo efectivo y surtió las consecuencias propias de la afiliación. Tampoco podía emitirse una condena favorable a los intereses del demandante cuando estaba cobijado por el principio de autorresponsabilidad y era el llamado a aportar las pruebas para demostrar que el traslado fue producto de un engaño. Tampoco era procedente imponer cargas adicionales a Colpensiones más aun cuando la entidad había actuado de buena fe y su función no era retener al afiliado, sino actuar conforme a derecho y con buena fe. Por último, solicita estudiar lo decidido y exonerar a Colpensiones de las condenas impuestas.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES

Adujo que si bien la sentencia de primera instancia es favorable para los intereses del demandante, viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones -Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que una declaración injustificada de la ineficacia del traslado como lo sería en este caso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. En este sentido solicita revocar dicha decisión.

Finalmente, añade que la administradora del RAIS debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, en tanto que al haber sido una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Adujo que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, pues la decisión de la parte actora fue espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, máxime si el accionante manifestaba que su motivo para realizar este proceso era la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Señala que Porvenir cumplió con el deber de información establecido para la época, contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 pues entregó a la parte actora la información del RAIS en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y finalmente dentro del mismo documento, avalado, revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, de acuerdo con los requisitos regulados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Menciona además que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia.

Que claramente la parte demandante solicita aplicación de la figura de la ineficacia, cimentada en una supuesta ausencia en la entrega de la información consistente en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual, sin embargo, las mismas se encontraban en la Ley 100 de 1993 y su desconocimiento no sirve como excusa para inaplicarlas.

Teniendo en cuenta lo argumentado, solicita la revocatoria de la condena pero en caso confirmarse considera que NO debe ordenarse el traslado de los dineros descontados por gastos de administración pues estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a 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 habían cumplido plenamente con su cometido y no se encontraban en el patrimonio de la AFP, pues fueron destinados a cubrir los gastos en que incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que ha venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado. Que de lo contrario se atentaría contra toda lógica jurídica, posibilitándose 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.

Por último, frente a la condena en costas señala que no es procedente porque 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.

2.3.3. ALEGATOS DEMANDANTE

Realizó algunas consideraciones sobre la carga de la prueba señalando que la Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la misma se radica en cabeza de los fondos privados de pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que cumplió con el deber de información. Frente al régimen de transición adujo que no se requiere ser su beneficiario para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de información aplica para todos. Destaca que la AFP no pudo probar que hubiese suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que el demandante cumpliera los 52 años de edad, lográndose evidenciar en el interrogatorio de parte que el actor fue engañado por los asesores de la AFP.

Finalmente solicita 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 sentido contrario 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 del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A.

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

Es de aclarar, que si bien PORVENIR S.A. propone multiplicidad de temas de análisis en los alegatos presentados, únicamente se examinarán aquellos que hayan sido mencionados en el recurso de alzada, siendo esta y no otra, la oportunidad propicia para ventilar su descontento con la decisión adoptada en primera instancia, sin que los alegatos comporte una etapa que le permita introducir nuevos temas a estudiar, 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 EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado al RAIS, concretamente 23 de enero de 2001 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 42 del archivo 02 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador para acceder o conservar un puesto de trabajo y la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más

que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que podría fundaba tal aseveración.

Y es que expresamente el señor CESAR AUGUSTO POMPEYO en el aludido interrogatorio expuso que es médico cirujano. Respecto del traslado a Porvenir adujo que en ese entonces se mencionaba que el ISS se iba a terminar y que a él y a un grupo de médicos adscritos a Ecopetrol se les recomendó realizar el traslado al RAIS. Que al firmar el contrato de vinculación con Ecopetrol le fue suministrado el formulario de afiliación y lo firmó, pero sin recibir ningún tipo de asesoría por parte de la AFP. Posteriormente afirma que quien le entregó el formulario de afiliación a Porvenir le dijo que *era una opción mucho mejor* a lo que podía tener en ese momento y que no recuerda si le habló de rendimientos financieros, aportes voluntarios o sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS.

Expresa que al momento de suscribir el formulario de afiliación sabía que se estaba trasladando de régimen pero pensaba *que sería mucho mejor* que el actual, además de que tenía la convicción de que el ISS se iba a acabar y la incertidumbre frente al panorama. Es por ello que consideraba que la empresa privada *era mejor en cuanto a la administración*. Que posteriormente no se acercó a Porvenir para preguntar sobre su situación pensional y que durante todo este tiempo no ha buscado retornar a Colpensiones porque suponía que era mejor la empresa privada y solo ahora, ad portas de pensionarse, se empezó a preocupar por dicha situación.

Que su motivación para retornar al RPMPD es que *después de tantos años de aportes recibiría una mesada pensional ridícula que no alcanzaría un poco más que el salario mínimo*. Por último, frente a la solicitud presentada por el 14 de febrero de 2002 en la que manifiesta una inconformidad sobre los aportes realizados a Porvenir aclara que esto fue en base a unos aportes que tenían como fin crear un ahorro pero que no los hizo con esta administradora.

Hasta aquí su intervención.

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

En 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 en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

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

MODIFICARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Porvenir devolver el dinero depositado en la cuenta de ahorro que actualmente administra, y el retorno de las cuotas de administración, NO así la totalidad de los tres ítems que la componen, 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 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 el 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 el afiliado 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 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: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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 Corte Suprema de Justicia, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir S.A 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 **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 Porvenir y a Colpensiones a favor del 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 29 de junio de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **CESAR AUGUSTO POMPEYO HERNANDEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.256.255 contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

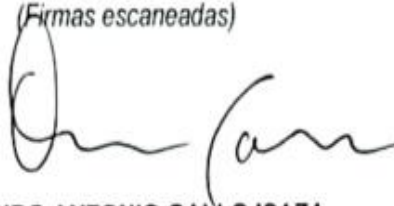
¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

SEGUNDO: 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 del demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, es decir, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, montos que serán debidamente INDEXADOS por la administradora del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, últimos aspectos en los que se **ADICIONA** la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones. 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 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:	CESAR AUGUSTO POMPEYO HERNANDEZ
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-019-2021-00290-01
Tema:	INEFICACIA TRASLADO
Decisión:	MODIFICA
Fecha de la sentencia:	01/03/2023

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 02/03/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario