



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de mayo de dos mil veintitrés.

22-189

Proceso: **ORDINARIO LABORAL- consulta.**
Demandante: **CARMEN PATRICIA AGUIRRE ROJAS.**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-016-2019-00255-03.**
Tema: **ineficacia traslado**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

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

Conforme memorial de alegatos de conclusión allegado al plenario, se reconoce personería jurídica al doctor OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO identificado con C.C. 1.017.267.151 de Medellín y T.P. N° 380.131 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR S.A, por estar adscrito a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como consta en el certificado de existencia y representación legal adjunto, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad PORVENIR S.A. según escritura pública No. 1326 del 11 de mayo de 2022, expedida por la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 15** 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 Y/O NULIDAD** de la afiliación a PORVENIR S.A, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación

definida, ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, costos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, así mismo los dineros faltantes en caso de el saldo sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el RPM, incluyendo los rendimientos que se hubieren obtenido en este.

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

- ✓ Que nació el 11 de abril de 1965.
- ✓ Que el 1 de marzo de 1987 comenzó a cotizar en el ISS.
- ✓ Que el 1 de julio de 2006 se trasladó a Porvenir S.A.
- ✓ Que el traslado que se efectuó con ocasión a la ausencia de un conocimiento informado, resaltando que el ISS se iba a terminar y por ende los aportes realizados a dicha entidad corrían peligro.
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media habría percibido una mesada superior a la ofrecida en el RAIS.
- ✓ Que el 16 de noviembre de 2018 solicito ante Colpensiones E.I.C.E el traslado de régimen pensional, sin obtener respuesta dentro de los 30 días siguientes.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones E.I.C.E aceptando los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su calidad de afiliado al extinto ISS y la solicitud de radicada por aquella. Respecto a los demás hechos, adujo no constarle resaltando que son supuestos de un tercero ajeno a la entidad.

Por su parte Porvenir S.A, negó el incumplimiento del deber de información aduciendo que brindó una asesoría clara completa y veraz sobre las características del RAIS, concluyendo que la afiliación de la demandante se realizó de forma informada, libre y voluntaria.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de julio de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante permaneció en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, *todos los valores*

que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo, las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener gastos de administración ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir efecto jurídico alguno dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos.

De otro lado, ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros trasladados, además de autorizarle realizar *un cálculo de equivalencia de forma tal que no le genere perjuicio recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.*

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A interpuso recurso de apelación, siendo enviado el expediente para surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

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.

2.2 RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, indicó que no existen razones jurídicas para decretar la ineficacia de la afiliación, toda vez que Porvenir cumplió con el deber de información establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, aclara que la demandante solicitó la ineficacia de la afiliación con ocasión a la ausencia de la entrega de información, más sin embargo considera que al estar las características del RAIR en la Ley 100 de 1993, su desconocimiento no sirve de excusa para implicar dichos postulados.

Ahora bien, frente a los documentos que acreditan la entrega de información, aduce que los mismos no se encontraban vigentes para la época del traslado al RAIS, pues esto solo surgió a partir de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que no es cierto que Porvenir se encuentre en una mejor posición probatoria para cumplir con lo solicitado por el a quo. Así

mismo solicita tener en cuenta que obligaciones como la del buen consejo y debida asesoría, se apliquen de forma retroactiva, pues esto fue objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019.

De otro lado y de forma subsidiaria, solicitó la revocatoria de la condena consistente en el traslado de los dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, esto es gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues estos por mandato legal tienen una destinación específica, la cual se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, estas sumas se invirtieron para generar frutos y rendimientos que se ven reflejados en la cuenta de ahorro individual, y dado que ya se prestó el servicio, es imposible retrotraer lo pagado por estos conceptos. En cuanto a los seguros previsionales, los valores se destinaron al cubrimiento de las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, de los cuales ha venido disfrutado la demandante hasta la fecha, finalmente indicó que debe tenerse en cuenta que toda decisión judicial debe ir acorde con el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

2.3 ALEGATOS

2.2.1. PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, solicita a revocatoria proferida por el a quo, considerando respecto de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación que:

“no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación al RAIS”

Lo anterior por cuanto la AFP cumplió con el deber de información establecido para la data por el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, entregando la información necesaria dentro del mismo formulario de afiliación, aunado a esto, indica que, conforme a las pruebas aportadas y atendidas, se pudo concluir que las pretensiones incoadas se fundan en un aspecto económico, y este aspecto no podía ser determinado al momento de la vinculación. Aunado a esto, resalta que frente a los documentos que acreditan la entrega de la información, esto no era una obligación vigente para la fecha del traslado, pues dicha obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en igual forma respecto de la obligación de buen consejo, doble asesoría y incluso la de desincentivar sobre la afiliación, toda vez que estas surgieron en los años 2010 y 2014, conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019.

Respecto de los gastos de administración y los aportes de solidaridad, considera que son sumas que 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 Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, valores que 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 del afiliado 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 al afiliado, por lo 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, sumas que invirtió para el mantenimiento de dicho bien e incrementarlo. Respecto de este tema, concluye indicando que, de no proceder sus peticiones, se estaría vulnerando la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

Respecto a las costas procesales adujo que Porvenir S.A 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 que no es procedente dicha condena ante una ausencia de mala fe.

2.2.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Resaltó que la entidad no tuvo incidencia en los hechos constitutivos de la acción, considerando a su juicio que siempre se actuó conforme a derecho, estando vigente la norma que regula la situación de la demandante, esto es el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Aunado a lo anterior, indicó que de acuerdo con el inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, según el cual *“el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional”* y en aras de que se cumpla este postulado, resulta coherente que se ordene la devolución por parte de la AFP del RAIS con destino a Colpensiones, de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, fondo de solidaridad y rendimientos; y que adicionalmente no se condene en costas a Colpensiones dado que dicha entidad no tuvo participación en los actos jurídicos que pudieran eventualmente ser ineficaces

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

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

Por ello inicialmente, conforme al recurso de alzada incoado, 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, además de determinar qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A.

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	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	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	de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época de vinculación inicial al RAIS, concretamente el 26 de mayo de 2006 cuando suscribió el formulario de vinculación a Porvenir S.A. (fl. 61 del archivo 01 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando la vinculación en su momento motivada por el ofrecimiento de 3 puntos específicos según lo indicado, :el primero fue que con el ISS, no iba a lograr causar su derecho pensional, en segundo lugar que Porvenir S.A ofrecía una pensión superior al salario mínimo y en tercer lugar que era más rápido obtener una pensión de vejez en el fondo privado que en el ISS, cabe resaltar que la asesoría no fue muy amplia, pues después de precisar lo anterior, la demandante considero pertinente t trasladarse de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora CARMEN PATRICIA AGUIRRE ROJAS en el aludido interrogatorio expuso que es trabajadora social de profesión y trabaja en el cargo de profesional universitaria, coordinadora de la casa de justicia de Armenia, respecto de los aspectos puntuales del traslado indicó que estando en su oficina, se acercó un asesor de Porvenir S.A ofertando el cambio al fondo privado, advirtiendo unas posibilidades favorables que en el ISS, indicó que si bien tuvo la posibilidad de realizar preguntas, estas versaron únicamente sobre los 3 puntos antes indicados, los cuales consideró suficientes para trasladarse de régimen pensional.

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

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno 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 vinculación mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **ACLARARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien pese a que ordenó a Porvenir S.A devolver todos los valores recibidos, citando algunos ejemplos, NO precisó que los gastos de administración que también ordenó restituir, estaban compuestos por los tres ítem antes aludidos, lo que si se hará en la parte resolutive de este fallo.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(…) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante hubiese estado afiliada al régimen de prima media, 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, respecto a la INDEXACIÓN de los tres ítems que componen los costos de administración, 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 E.I.C.E 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.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios

recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones E.I.C.E, 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, **aclarándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

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

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **CARMEN PATRICIA AGUIRRE ROJAS** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 41.907.739 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: se **ACLARA** los numerales tercero y cuarto del fallo bajo el entendido que PROTECCIÓN S.A. trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante desde el cambio de régimen, incluyendo 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, últimos tres ítems 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 E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que


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.*

corresponden cada uno de los valores, últimos aspectos en los que se **ADICIONA** la sentencia, conforme a los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de 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 GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- consulta
Demandante:	CARMEN PATRICIA AGUIRRE ROJAS
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-016-2019-00255-03.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	23/05/2023

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

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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario