



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de mayo dos mil veintitrés.

22-195

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **ROCIO GUTIERREZ PRADA.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05266-31-05-001-2019-00569-01.
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.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado a PORVENIR S.A, y en consecuencia que se condene a dicha AFP a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. el bono pensional, así como los aportes y rendimientos de la cuneta de ahorro individual de la demandante, de igual forma que se condene a COLPENSIONES E.I.C.E, a recibir la totalidad de aportes provenientes del RAIS.

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

- ✓ Que nació el 9 de julio de 1962.

- ✓ Que se afilió inicialmente a CAJANAL, el 15 de septiembre de 1986, hasta el 31 de octubre de 1995.
- ✓ Que a partir de noviembre del año 1995, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A, traslado que se efectuó con ocasión a la ausencia de cumplimiento del deber de información, así como de una información correcta sobre las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional.
- ✓ Que solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado al RPM, solicitud que no obtuvo respuesta hasta la fecha de presentación de la demanda.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Porvenir S.A, indicó no constarle los hechos relativos a la edad de la demandante y su afiliación inicial a CAJANAL, respecto a los demás hechos, indicó que no eran ciertos, resaltando que se atienen íntegramente a lo contenido en el formulario de afiliación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, acto que se ejecutó después de brindar una asesoría amplia sobre las características del RAIS, así como de las implicaciones que acarrearía el traslado de régimen.

Por su parte, Colpensiones E.I.C.E, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, edad de la demandante, y radicación de la solicitud de traslado de régimen pensional, frente a los demás supuesto facticos, indicó no constarle, considerando que son hechos ajenos al conocimiento de la entidad.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.CE, la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje de gastos de administración, primas de seguro previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

En cuanto a COLPENSIONES E.I.C.E., le ordenó recibir los valores trasladados por las AFP demandadas, actualizando la historia laboral para los fines pertinentes.

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

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, indicó que de conformidad con lo establecido con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia de la afiliación, deben existir actos que atenten con la libertad de escogencia del trabajador, presupuesto que no está acreditado por cuanto la demandante suscribió el formulario de afiliación en el año de 1995, tiempo para el cual el traslado estaba regido por el formulario de afiliación, soporte que fue aportado al plenario, aunado a esto aduce que la afiliación se dio conforme a una asesoría suficiente realizada a una afiliada que conocía sobre el tema, dado que es abogada de profesión, por lo que considera que no se trata de una afiliada lego. En este orden de ideas, resaltó que la demandante nunca estuvo afiliada al ISS, por lo que no puede beneficiarse de dicho régimen, además de dejar en claro que aquella siempre tuvo la opción de trasladarse, dentro de los plazos establecidos por la Ley, sin que se haya ejercido los derechos de forma oportuna, situación que no puede endilgarse a Porvenir S.A, pues se trata de un actuar negligente por parte de la demandante. De otro lado indica que, para la fecha del traslado, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones pensionales, pues dicha obligación solo surgió a partir de la expedición del Decreto 1748 de 2014, igualmente en lo relacionado con la doble asesoría, esta obligación surgió a partir de la expedición del Decreto 2071 de 2015, y estas normas deben aplicarse de forma ultractiva y no retroactiva. Aunado a esto, indicó que conforme a la sentencia No. 47.237 del 6 de abril de 2016 C.S.J, se debe hacer un examen de voluntad de la afiliada, ya que, durante el tiempo de vinculación, la demandante permitió de manera libre que se le realizaran descuentos por parte de la AFP, y permaneció ahí por más de 25 años.

Respecto al deber de información, indica que teniendo en cuenta la línea jurisprudencial de la C.S.J, se debe tener en cuenta que todos los casos fueron estudiados para personas que gozaban del régimen de transición, por lo que no existe identidad fáctica con el caso de la referencia, así mismo conforme al artículo 9 del Código Civil, resaltó que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa y por ende la demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de trasladarse de régimen, máxime cuando no es afiliada lego.

Respecto a la condena de devolver gastos de administración, conforme a lo dicho por la Superintendencia Financiera de Colombia, los aportes a retornar serían únicamente el capital y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, conforme al artículo 113 de la Ley 100 de 1993, de manera que no está establecido que se devuelvan los gastos de administración, además de que se considera que estos conceptos no corresponden a valores que pertenezcan al afiliado y si se retornan las cosas a su estado anterior, debe tenerse en cuenta que el retorno de estos valores generan la apariencia, mas, de un pago de perjuicios a cargo de la AFP, mismos que no resultan probados en el proceso.

Respecto a la indexación indicó que, según la sentencia del Tribunal de Cundinamarca, radicado 02-2021-112, se estableció que esta figura estaría generando una doble condena sobre la misma situación, pues la orden de retornar los rendimientos financieros, incluye sus frutos e intereses. Con relación a los seguros previsionales aduce que estos fueron entregados a terceros de buena fe, los cuales no fueron llamados en garantía y por tanto sería injusto que tal reconocimiento este en cabeza de Porvenir S.A, además resalta que la cobertura a las contingencias derivadas de la invalidez, vejez y muerte, ya se prestó y por esta razón, la orden de devolver estos valores del patrimonio propio estaría generando un enriquecimiento injustificado.

En razón a lo anterior, solicita se revoque la sentencia proferida por el a quo y en su lugar se absuelva a la AFP accionada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Considera que el traslado de régimen pensional no es procedente, toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del literal E, del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de diez años para cumplir la edad de pensión, aunado a esto considera que la anulación del traslado, solamente procede cuando se trata de falsificación de firmas, afiliación sin consentimiento, y bajo los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010 de la Corte Constitucional, aclarando que ninguna de estas causales se probó en el transcurso del proceso. En igual sentido resalta que no cumple con lo preceptuado la Corte Constitucional en sentencia SU 130 de 2013.

De otro lado, indicó que para la fecha de traslado, la demandante plasmó su firma en el formulario siendo una persona legalmente capaz, aceptando cada una de las condiciones ofrecidas, y en consecuencia, no es dable que años después venga a mostrar su inconformidad, es por esto que conforme a los artículos 1 y 2 del Decreto 3800 de 2004, el traslado efectuado goza de plena validez.

De otro lado, consideró que la ineficacia es financieramente inviable por cuanto *no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas*, razón por la cual solicita la revocatoria del fallo proferido por el a quo.

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A.

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

4 CONSIDERACIONES.

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo

97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características,

condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, el 30 de junio de 1995, cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 48 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 afirmación de que la demandante iba a obtener una pensión más favorable con el fondo privado, por los beneficios superiores que ofrecía la AFP accionada en cuanto al valor de la pensión y por la extinción de la Caja Nacional de Previsión Social, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración.

Y es que expresamente la señora **ROCIO GUTIERREZ PRADA** en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios era profesional, desempeñándose como abogada, específicamente laborado como secretaria del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros. Respecto del traslado inicial a PORVENIR S.A., adujo que al despacho judicial en donde laboraba para la data, acudieron asesores de Porvenir SA, quienes le indicaron beneficios pensiones que ofrecía la AFP, y la importancia de trasladarse de régimen pensional, puesto que CAJANAL entraría en liquidación, mas sin embargo, no queda registro de que Porvenir S.A haya brindado información detallada respecto de las características de la cuenta de ahorro individual, no le indicaron que el dinero iba a generar rendimientos, no le hablaron de pensión anticipada conforme al capital ahorrado, no le hicieron una proyección pensional, así como tampoco mencionaron cuales eran los requisitos para acceder a los beneficios pensionales pregonados, es por esto que consideró que el traslado se dio bajo la premisa de que estaba siendo asesorada por gente capacitada, quien brindaba información verdadera acerca del tema pensional, pasando por alto que al momento de la afiliación al RAIS, solo le hablaron de las ventajas del mismo.

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, si bien la demandante, manifestó ser abogada de profesión y trabajar en un despacho judicial, para esta Magistratura quedó claro que la información que se le exige suministrar a Porvenir S.A al momento del traslado, no tiene relación alguna con el cargo desempeñado por aquella, más aun cuando para la época en que se suscribió el formulario de afiliación, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era un tema novedoso y especialísimo, mismo que no tuvo relación con las funciones desempeñadas por la señora ROCIO GUTIERREZ PRADA, por esta razón, como se ha expuesto con antelación, era obligación del fondo privado otorgar una explicación clara, completa, veraz, razonada y suficiente respecto de las características, implicaciones, ventajas y desventajas que ocasionaría el traslado de régimen pensional, supuesto que no se probó en el caso de autos.

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, 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 la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

De otro lado, conforme a lo expuesto por Colpensiones E.I.C.E en sus alegaciones de instancia, cabe resaltar que 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 de semanas cotizadas. 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, el asegurado 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. En el mismo sentido, tampoco es dable acoger la postura de Colpensiones E.I.C.E, pues aunque ciertamente el demandante sobrepasa los 47 años para efectos de solicitar su retorno al régimen de prima media, lo que aquí se examina es un asunto totalmente disímil, en donde ante la no acreditación del cumplimiento del deber de información, se declara ineficaz el traslado, y como nunca existió se acude a una especie de ficción legal entendiéndose que la persona permaneció en el régimen anterior sin solución de continuidad, en los términos del literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de ese mismo estatuto.

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 **CONFIRMARÁ**

la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR S.A y a COLFONDOS S.A a devolver la totalidad de los aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos causados y sin descuento alguno, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexado y con cargo a sus propios recursos, incluyendo bonos pensionales si los hubiere, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

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 E.I.C.E. 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, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de PORVENIR S.A., teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a

la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. 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, 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, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. punto en el que esta Magistratura considera pertinente **ADICIONAR** el fallo de primera instancia.

Ahora bien, conforme a los razonamientos que preceden, y pese a los argumentos que ventila el recurrente, es importante señalar que en nada cambia la postura de esta Magistratura, pues si bien para el año 1995 cuando se dio el traslado al RAIS, la señora ROCIO GUTIÉRREZ PRADA no se encontraba cotizando al ISS, pues laboraba al servicio de la Rama Judicial, estando afiliada a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL, que era el fondo administrador del régimen de prima media para los empleados públicos del orden nacional, su retorno se ordena a COLPENSIONES E.I.C.E como única entidad administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues conforme al Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, disponiendo en su artículo 4º que los afiliados a dicho fondo pasarían al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES E.I.C.E.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

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.*

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR S.A a favor de la demandante por no haber tenido éxito en el recurso apelación impetrado. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que se avoco conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta al tenor de lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **ROCIO GUTIÉRREZ PRADA**, identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 31.899.158, en contra de **PORVENIR S.A, y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: ADICIONA el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que **PORVENIR S.A** deberá discriminar los conceptos entregados a **COLPENSIONES E.I.C.E**, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.


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 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:	ROCIO GUTIERREZ PRADA.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05266-31-05-001-2019-00569-01.
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