



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiséis de mayo de dos mil veintitrés

22-246

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MARCO ANTONIO GOMEZ CARO.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-022-2019-00541-01.
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 las entidades demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado de 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 016** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó el demandante, la declaratoria de **NULIDAD** del traslado a PORVENIR S.A, teniéndose como válida y sin solución de continuidad la afiliación al RPM, que se condene a esta administradora del RAIS a devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes que el demandante efectuó al RAIS, incluyendo rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración. Consecuencialmente que se condene a COLPENSIONES E.I.C.E, a tener como válida y continua la afiliación del demandante.

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

- ✓ Que nació el 8 de diciembre de 1954, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 64 años de edad.
- ✓ Que fue afiliado inicialmente al ISS en el mes de enero de 1980.
- ✓ Que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A, en mayo de 1997, posteriormente en octubre de 2002, se trasladó a Protección S.A.
- ✓ Que el traslado de régimen, se dio con ocasión a que las AFP demandadas violentaron el deber de información y los principios de buena fe y transparencia al no realizar una asesoría integral
- ✓ Que en el RPM obtendría una mesada pensional superior que en el RAIS.
- ✓ Que solicito a Colpensiones E.I.C.E el traslado de régimen pensional, entidad que, mediante respuesta fechada a 29 de enero de 2019, negó la solicitud en razón a su edad.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandas, en primer lugar se pronunció Protección S.A, quien aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante y la afiliación a dicha AFP, aclarando que se llevó a cabo el día 31 de julio de 2010. Frente a los demás supuestos facticos relacionados con dicha AFP, resaltó que no eran ciertos bajo el entendido de que Protección S.A se ha caracterizado por realizar sus actuaciones en el marco de la legalidad y la buena fe, brindando una asesoría amplia, correcta, clara y suficiente en donde se le ilustró las características del RAIS, sus diferencias con el RPM y las implicaciones que devendrían del traslado.

Por su parte Colpensiones E.I.C.E, indicó no constarle la totalidad de supuestos facticos plasmados en el libelo demandatorio, considerando que son hechos ajenos al conocimiento de dicha entidad.

Por su parte Porvenir S.A, no acepto como cierto ningún hecho, resaltó que la parte demandante siempre recibió información clara, precisa y veraz, de modo tal que su decisión de traslado fue libre, voluntaria y sin ningún tipo de vicio del consentimiento, tal y como consta en el formulario de afiliación.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, aclarando además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad.

Seguidamente condenó a PORVENIR S.A, a *trasladar al RSPMPD todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan además de los aportes concretamente destinados a*

la CAI, los rendimientos, éstos últimos respecto de los cuales las AFPs codemandadas PORVENIR y a PROTECCIÓN han obtenido lucro por el período en los cuales ha administrado los recursos pensionales. Y también se CONDENA a PORVENIR y a PROTECCIÓN (antes SANTANDER) a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de sus propios peculios y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibieron de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a COLPENSIONES E.I.C.E., la condeno a recibir y cobrar dichas sumas.

Finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN S.A y a PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a favor del demandante.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del RAIS, en quienes 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. RECURSOS DE APELACIÓN.

2.2.1 PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, indicó que probó el haber suministrado una información clara y suficiente sobre los efectos del traslado, lo que se materializó con el formulario de afiliación, situación que no fue valorada por el a quo. Aunado a esto resaltó que Porvenir S.A siempre garantizó el derecho al retracto, lo que se prueba con la publicación realizada en el diario El Tiempo, sin que el actor ejerciera dicha facultad, aduce que, con la declaratoria de la ineficacia, se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada con el que contaba el demandante, al tenor de la sentencia C 341 de 2006. Aduce que del interrogatorio de parte se puede concluir que el demandante confeso haber recibido información para el año 1997, respecto a su cuenta de ahorro individual, de igual forma que podía hacer aportes voluntarios, que su pensión podía ser heredable, el entendimiento de los extractos financieros, y el conocimiento de las comisiones de administración.

Respecto a la condena de devolución de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, aduce ser improcedente por cuanto estos valores no forman parte de la pensión de vejez, por lo que les es aplicable los efectos de la prescripción, aunado a que el ordenar el traslado a Colpensiones, ocasionaría un enriquecimiento sin causa en favor de aquella, pues no existe norma que ordene este tipo de devolución, resaltó que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados en los eventos de traslado de régimen pensional, esto es el saldo de la cuneta de ahorro individual con sus rendimientos, con lo que evidencia que los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por tanto no pertenecen a aquel sino a la AFP. Considera que, en el evento de ordenarse el traslado de estos valores, deberá condenar al demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados tratándose de restituciones mutuas, pues uno de los efectos jurídicos de la nulidad del acto, según el artículo 1747 del Código Civil, es que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula, este obligado a restituirlos so pena de generar un enriquecimiento sin causa.

2.2.2 PRESENTADO POR PROTECCIÓN S.A.

Por su parte Protección S.A, en primer lugar, se refirió a los gastos de administración, considerando que los descuentos autorizados y consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, facultan a la AFP para realizar una deducción del 3% sobre el el 16% del aporte, para costear los gastos de administración y pagar las primas de seguros previsionales, ahora bien esto en relación a los rendimientos financieros generados y conforme a la prueba documental aportada, evidenció que duplican el capital aportado, por lo que ordenar dicha restitución estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir una comisión que no financia la pensión de vejez, adicional a que se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, como resultado de la buena gestión de la AFP, por lo cual Protección tiene el derecho a conservar dichos valores como una restitución mutua a su favor conforme al artículo 1746 del Código Civil, y a la sentencia 31989 de 2018 C.S.J., en igual sentido, la Superintendencia Financiera de Colombia ha indicado que se debe trasladar los aportes con sus rendimientos, respetando la comisión de administración de las AFP. Resalta que el cobro de comisión se hace de forma periódica en donde opera de forma directa la prescripción consagrada en el artículo 488 del C.S.T y 151 del CPTSS.

Finalmente solicitó estudiar las costas procesales impuestas, pues a su juicio se está haciendo un cobro por encima de lo reglamentado, teniendo en cuenta que la parte actora se limitó a lo plasmado en el escrito de demanda, sin asumir la carga probatoria que le correspondía, por el contrario, toda la carga probatoria fue asumida por las AFP demandadas, por lo que se solicita revisar el acuerdo y condenar por el máximo valor consignado que es de un salario mínimo.

2.3 ALEGATOS.

2.3.1 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Respecto a la nulidad del traslado, adujo que no se probó lo eventos previstos en el artículo 1508 y 1741 del Código Civil, por lo que no había lugar a su declaración.

Ahora bien, refiriéndose a la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, resalta que dicha norma no relaciona en lo absoluto los efectos de las normas del primer inciso, por el contrario, impone claramente una multa administrativa, por lo que se estaría atentado contra el principio de inescindibilidad de las normas.

Lo anterior, con base a que en el proceso, ninguno de los presupuestos legales mencionados resultaron probados, por el contrario resalta que formulario de afiliación suscrito por el demandante es un documento público que se presume autentico según los artículo 243 y 244 del C.G.P y el parágrafo del artículo 54A del CPT y de la SS. Bajo este sentido considera que a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, luego, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional.

De otro lado manifiesta que siempre garantizo los derechos al retracto, y a la libre escogencia de régimen, todo en cumplimiento al deber de información que le correspondía a la AFP, sin que sea jurídicamente viable imponer cargas probatorias distintas a las vigentes en el momento del acto jurídico de afiliación.

Respecto a los valores a devolver, consideró que *en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros logrados por la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS, tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan. Imponer esta obligación es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, debe devolver, trasladar, reintegrar el valor de la póliza pagada.*

Aduce que, en caso de declarar la ineficacia de la afiliación, solo puede ordenarse trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros conforme a la tasa de rentabilidad del RPM, y en caso de

desacerarte dicha solicitud, se debe autorizar a Porvenir S.A a descontar de los rendimientos financieros los conceptos de restituciones mutuas.

En cuanto a la indexación, considero improcedente dicha condena, en razón a que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, y por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPM

2.3.2 ALEGATOS PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Colpensiones E.I.C.E, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se tenga en cuenta que se debe trasladar a dicha entidad el total de los valores cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima; los aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del Despacho, estos últimos debidamente indexados y a cuenta y riesgo de dichas AFP, lo anterior al tenor del artículo 20 de la ley 100 de 1993.

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 y a PROTECCIÓN 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.

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 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 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 inicial al RAIS, concretamente el 20 de marzo de 1997, cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 02, del archivo 24, 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 promesa que hizo el asesor comercial de la AFP, relacionada con subsanar falencias en la historia laboral, aunado a la aseveración de poder pensionarse con un valor similar al que obtendría en el RPM, y en cualquier tiempo.

Y es que expresamente el señor MARCO ANTONIO GOMEZ CARO en el aludido interrogatorio expuso que era contador público de profesión, especialista en derecho tributario, y que en la actualidad no se encuentra laborando. Respecto del traslado inicial a PORVENIR S.A, adujo que encontrándose en la alcaldía de San Cristóbal, un asesor de la AFP le ofreció trasladarse al fondo privado, momento en el cual el demandante le puso de presente un problema que tenía con el ISS, respecto de un reconocimiento de cotizaciones al sistema pensional, a lo cual, el asesor comercial le ofreció su gestión siempre que se efectuó el traslado de régimen pensional, por lo cual el demandante decidió suscribir el formulario de afiliación. Manifestó que en ningún momento le hablaron de rendimientos financieros, factores de liquidación pensional, desventajas del traslado, y sobre el bono pensional.

Respeto a la movilidad entre AFP, indicó que en Porvenir S.A, nunca realizó una visita posterior a la afiliación, tampoco obtuvo información acerca del problema que tenía con el ISS antes del traslado, por lo que, simple y llanamente en razón a personas allegadas que trabajaban en Protección S.A,

decidió trasladarse. Posteriormente aclaró que en 2003, recibió una llamada por parte de un funcionario de Porvenir S.A, quien le indicó que perdería beneficios por antigüedad si decidía seguir en Protección S.A, por lo que decidió retornar a Porvenir S.A.

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 algunas respuestas del actor pudiesen dejar entrever cierto conocimiento acerca de las características del 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.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del demandante, quien en 1997 se vinculó a Porvenir S.A, y posteriormente se trasladó a ING hoy Protección S.A el 31 de julio de 2002, para finalmente retornar a la primera el 1 de abril de 2003, conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 4, del archivo 21 del expediente digital), siendo Porvenir S.A. el fondo donde inicio las cotizaciones en el RAIS, y también donde actualmente permanece. Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, lo que a voces del demandante, fue precisamente lo que sucedió, pues nunca se le menciona las características, ventajas o desventajas de afiliarse al nuevo fondo privado.

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

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

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

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

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

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E 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 el a quo, quien pese a que ordeno a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A a devolver todos los aportes recibidos, no preciso que los gastos de administración estaban compuestos por los tres ítems mencionados con antelación, situación que así se determinará en la parte resolutive del fallo.

Ahora bien, cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiladora en que estuvo, como en este caso lo es Porvenir S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció ING hoy Protección S.A

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.

Conforme los razonamientos que preceden, y pese a los argumentos que en este punto ventila Protección S.A., no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que dicha postura no resulta vinculante, pues el criterio que resulta vinculante es el que de forma pacífica y reiterada ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias reseñadas, que constituyen un precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, 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), fue teniendo en cuenta por el a quo, en aplicación del cálculo que compone a la figura de la indexación, esto es 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 fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital}$ – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

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

En cuanto a la inconformidad de los recurrentes, atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN, habrá de señalarse que ya la Corte se ocupó del tema cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de revertir el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

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

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

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o

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.*

constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no sería dable acoger los razonamientos expuestos por Porvenir S.A y Protección S.A en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivados de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

Finalmente en cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado de Protección S.A, relacionada con la tasación de las agencias en derecho, considera la Sala que si bien la Ley 1395 de 2010 incluyó la posibilidad de liquidar las agencias en derecho en la sentencia, dicho artículo fue derogado por el artículo 366 del C.G. del P. el cual estableció que:

“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior...”

Bajo el mismo panorama, en el numeral 5 ibídem se indica que

“La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”

En este orden de ideas, se pone de presente que el momento procesal para interponer el recurso de apelación contra la liquidación de agencias en derecho, solamente se habilita una vez se encuentre notificado el auto de aprobación de las mismas, y como este punto del recurso se refiere a asuntos que deben ser tratados en su debida oportunidad procesal, esta Sala SE ABSTIENE DE CONOCER sobre la apelación de la condena en costas y agencias en derecho realizada por el a quo.

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.

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR S.A y a PROTECCIÓN S.A, a favor de la demandante, por no haber tenido éxito en su recurso de apelación, lo anterior, teniendo en cuenta que las AFP demandadas atacaron sin éxito los argumentos centrales expuestos por el a quo, mismos que dieron origen a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS. 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**

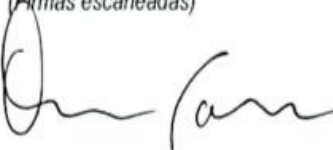
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **MARCO ANTONIO GÓMEZ CARO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 19.264.038, en contra de **PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES E.I.C.E.**


SEGUNDO: ADICIONA el numeral segundo del fallo bajo el entendido que PORVENIR S.A, y PROTECCIÓN S.A, trasladarán a COLPENSIONES E.I.C.E, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, esto es, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, aunado a lo anterior, las administradoras del RAIS accionadas, deberán discriminar los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a cargo de cada entidad y en 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



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:	MARCO ANTONIO GOMEZ CARO.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-022-2019-00541-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	26/05/2023.

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 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 29/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario