



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, tres de mayo de dos mil veintitrés

22-139

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-010-2019-00744-01.
Tema: Ineficacia de traslado al RAIS.
Decisión: **CONFRIMA Y ADICIONA 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 Colpensiones E.I.C.E., Protección S.A., y Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Conforme memorial allegado con los alegatos se reconoce personería a la doctora **MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA** identificada con c.c. 1.152.225.557 de Medellín y T.P. N° 359.508 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR, por estar adscrita a la sociedad **GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.**, como consta en el certificado de existencia y representación legal 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 13** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA y/o NULIDAD** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a las AFP demandadas (PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A) trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero por concepto de aportes obligatorios, aportes voluntarios, bonos pensionales, comisiones de administración y rendimientos. Consecuencialmente solicita que se reconozca la totalidad de perjuicios morales y materiales sufridos por las actuaciones y omisiones de los fondos privados, indexación de las condenas y costas del proceso.

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

- ✓ Que nació el 27 de abril de 1960, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 59 años de edad.
- ✓ Que se inicialmente se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de Seguros Sociales.
- ✓ Que el 11 de octubre de 1994 se suscribió al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A, y posteriormente el 1 de noviembre de la misma anualidad, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.
- ✓ Que los traslados antedichos obedecieron a que los asesores indicaron que la condición pensional sería mucho más ventajosa, que podría pensionarse de forma anticipada y que el Régimen de Prima Media estaba destinado a desaparecer.
- ✓ Que los asesores de las AFP mencionadas con antelación, nunca le suministraron información relacionada con las advertencias y riesgos que representaba su afiliación al RAIS, con la cuantía de la mesada pensional, y con el capital necesario para financiar la pensión de vejez.
- ✓ Que el 3 de octubre de 2019, solicitó a PROTECCION S.A., la anulación y/o ineficacia de su filiación, sin obtener respuesta.
- ✓ Que el 15 de octubre de 2019, solicitó a PORVENIR S.A., la anulación y/o ineficacia de su filiación, obteniendo respuesta negativa el día 28 de octubre de la misma anualidad.
- ✓ Que el 3 de octubre de 2019 solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E., la anulación del traslado y la afiliación al RPM sin solución de continuidad, solicitud que obtuvo respuesta negativa el 10 de octubre de la misma anualidad.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PROTECCIÓN S.A., a la que únicamente le constaba la fecha de nacimiento del actor y la densidad de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, respecto de las circunstancias que llevaron a que el demandante se trasladara de régimen pensional, indicó no constarle aduciendo que no fue esa entidad quien realizó inicialmente dicha acción, sin embargo, añadió que sus asesores comerciales en todo momento brindaron información clara, comprensible y detallada al demandante. Por su parte COLPENSIONES E.I.C.E., adujo no constarle los hechos plasmados en el libelo demandatorio, aclarando que son circunstancias particulares de terceros, de las cuales no puede tener conocimiento. Finalmente, PORVENIR S.A., soslayó que el traslado de régimen pensional fue completamente válido, al haberse efectuado de forma libre y voluntaria, resaltando que la entidad brindó información clara, suficiente y veraz en cumplimiento de la normatividad vigente para la data.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 06 de junio de 2022, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, aclarando además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad.

Seguidamente condenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a restituir los siguientes elementos: A PORVENIR S.A., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia y con cargo a sus propios recursos, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., los descuentos que fueron efectuados y destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos de administración, el valor de las primas de seguro previsional y reaseguros, indexados a la fecha de entrega al RPM, durante el tiempo de afiliación del demandante, esto es desde el 11 de octubre de 1994 y el 3 de septiembre de 1996. A PROTECCIÓN S.A., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia y con cargo a sus propios recursos, a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., los dineros que reposen en la cuneta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones completas con sus frutos y rendimientos financieros, el bono pensional si a ello hubo lugar, gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, valor de las primas de seguro previsional y reaseguros, valores debidamente indexados desde la fecha de afiliación, esto es el 4 de septiembre de 1996, hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo.

En cuanto a COLPENSIONES E.I.C.E., le ordenó recibir los valores trasladados por las AFP demandadas, imputarlos e incorporarlos en la historia laboral del demandante conforme a los periodos de cotización efectuados en el RAIS.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 (UN MILLÓN DE PESOS) a favor del demandante.

Finalmente absolvió a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. de la pretensión resarcitoria de perjuicios.

Dentro del término concedido por la ley, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E. interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de las administradoras del RAIS, en 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. COLPENSIONES.

En primer lugar, expuso la necesidad de un nuevo análisis respecto de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación del señor CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA al RAS, por cuanto a juicio del apoderado, el demandante reafirma su voluntad de permanencia con la considerable densidad de semanas cotizadas en dicho régimen, aunado a esto indica que el demandante no es un afiliado lego, al tener a su alcance las capacidades para indagar respecto de su futuro pensional.

De otro lado, al tenor de las sentencias SL 4360 de 2019, SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018, proferidas por la Corte Suprema de Justicia, solicitó adicionar a la providencia recurrida la indicación de que, si los conceptos ordenados a trasladar por parte de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con destino al RPM administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., resultan inferiores al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en el RPM, sean las AFP demandadas quienes estén en la obligación de trasladar la diferencia de los valores arrojados por dicho calculo.

Finalmente manifestó la improcedencia de imponer costas y agencias en derecho en segunda instancia, dado que la interposición del recurso de apelación se efectuó con ocasión de adicionar la sentencia de primera instancia.

2.2.2. APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

En primer lugar, solicitó la revocatoria de la orden de trasladar las cuotas de administración y valores de seguros previsionales, esto en razón a la buena administración de los recursos cotizados por el demandante a la AFP, justificó la conservación de dichos emolumentos con ocasión a que deben considerarse como comisiones resultantes del buen manejo y administración de los dineros que, por concepto de cotizaciones, el demandante transfirió a PROTECCIÓN S.A, aunado a esto, adujo que conforme al Decreto 2555 de 2010, las AFP son entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, lo que reafirma el buen manejo de los recursos administrados, posteriormente, indico que en el evento en que se decida confirmar dicha condena, se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES E.I.C.E.

De otro lado, el recurrente adujo que en los eventos en que se declara ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación a lo dispuesto por el Artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, en el sentido de que se debe respetar la destinación de los aportes realizados por el demandante y la gestión de administración desarrollada por la AFP.

Finalmente adujo que sobre el cobro del 3% por concepto de cuota de administración, opera el fenómeno jurídico de la prescripción de conformidad con el Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el Artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

2.2.3. APELACIÓN PORVENIR S.A.

En primer lugar indicó que la decisión del demandante de trasladarse al RAIS administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., se dio de forma libre, espontánea y consciente, aunado a esto, resaltó que el demandante durante toda su vida pensional tuvo una indiferencia notable respecto a las implicaciones del traslado de régimen, por lo que aquel no puede construir la absolución de las circunstancias que fueron ocasionadas por su propia culpa, con base en el desconocimiento de su esfera pensional, por lo que considera que las decisiones tomadas por el señor CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA están revestidas de validez y autonomía.

Resaltó que en el interrogatorio de parte, el demandante afirmó que la intención de trasladarse al RPM, tenía como objetivo la expectativa del derecho pensional en dicho régimen, de lo que a su juicio, evidencia un comportamiento motivado por la contraprestación eventualmente obtenida, dejando al azar las consecuencias de sus decisiones, aclarando que una simple expectativa no debe justificar la ineficacia del traslado, razón por la cual solicitó la reconsideración del fallo de primera instancia para en su lugar, declarar que la AFP PORVENIR S.A. cumplió con sus obligaciones, teniendo en cuenta que se aportó el formulario de afiliación del demandante, documento que era la única prueba documental exigida por la ley en su momento y mediante la cual se justifica la decisión de traslado libre, consciente y voluntaria.

De otro lado, adujo que no se puede exigir el cumplimiento de un imposible factico y jurídico, teniendo en cuenta que en la fecha del traslado al RAIS, no existían las obligaciones adicionales que hoy se requieren a la AFP para probar la correcta aplicación al deber de información.

En este orden de ideas, solicitó que se revoque de forma total la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. no es la AFP en la cual está afiliado el demandante en la actualidad, aclarando que los valores de la cuenta de ahorro individual en cabeza de aquel, fueron trasladados a PORVENIR S.A, perdiendo el sentido las condenas impuestas relativas a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que se consideran valores que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA, y en sentido contrario, hacen referencia a valores que son descontados por mandato expreso de la Ley 100 de 1993, resaltó que los seguros previsionales fueron entregados a terceros de buena fe, y que aquellos no fueron vinculados al proceso. Finalmente, con ocasión a lo anterior solicitó la exoneración de la condena en costas y agencias en derecho.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Señaló que se debe MODIFICAR la sentencia de primera instancia, toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso de la referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del Código General del Proceso, lo anterior en aras de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Seguidamente solicitó en el evento de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, ordenar al fondo de pensiones regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, como lo ordena la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en las sentencias SL 4360- 2019 del 9 de Octubre de 2019 (radicación No. 68852), SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019 en las que ordena que hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir: Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, especificando la rentabilidad que generaron dichos recursos, la que corresponderá a la del RAIS, y que no se haga aplicando la rentabilidad RISS del RPM, todo esto de conformidad con el art. 283 y 284 del CGP.

Finalmente, conforme a la naturaleza de lo indicado en el recurso de apelación y los alegatos de conclusión solicito la exoneración de la condena en costas procesales.

2.3.2. ALEGATOS PORVENIR S.A.

Solicitó la revocatoria de la providencia, resaltando que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, resaltando que la AFP siempre cumplió a cabalidad con el deber de información y buen consejo que le compete, conforme a las exigencias normativas de cada data.

Respecto de las sumas correspondientes a los gastos de administración, soslayó que estos valores tienen por mandato legal una destinación específica regulada por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por lo que, a su juicio es claro que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, indicando que de ordenarse su traslado, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A, con dirección al RPM administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.

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 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 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 11 de octubre de 1994, cuando suscribió el formulario de vinculación a HORIZONTE S.A. (fl 1 y 2 del archivo 03, de la carpeta 13 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por:

- ✓ La injerencia de su empleador para permitir el acceso intempestivo a la información brindada por la AFP.
- ✓ Las falencias y probable extinción del ISS en su momento, en comparativo con la seguridad y beneficios que otorgaba la AFP
- ✓ La ausencia de una asesoría integral en donde se indique las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente el señor CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA en el aludido interrogatorio expuso que era ingeniero de profesión y que su actividad económica se relaciona con el ramo de la construcción.

Respecto del traslado a HORIZONTE S.A, hoy PORVENIR S.A., adujo que el día en que se trasladó de régimen pensional, los asesores de la AFP fueron al departamento de ingeniería de la universidad EAFIT, donde laboraba como docente, y sin recibir asesoría integral, indicándole únicamente las falencias del ISS en su momento, y las ventajas y seguridad de la AFP oferente, se le entregó el formulario de afiliación para su rúbrica. En el mismo sentido indicó que a todos los compañeros del departamento les dieron la directriz de firmar el formulario de afiliación con el objetivo de trasladarse del sistema estatal, a un sistema privado que otorgaba mayor seguridad.

Sobre la MOVILIDAD simple y llanamente indicó que realizó el traslado hacia ING hoy PROTECCION S.A., con ocasión a una carta que recibió por parte de dicha AFP, de la cual a su juicio concluyó que le representaba mayores beneficios.

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

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el 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 el 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 señor CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA, quien en 1996 estando vinculado a HORIZONTE S.A, se trasladó hacia ING hoy PROTECCIÓN S.A. con base en las circunstancias antedichas, y conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 38, del archivo 07 del expediente digital), siendo PROTECCIÓN S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado el 4 de septiembre de 2006. 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, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, lo que a voces del demandante, fue precisamente lo que sucedió, donde la solidez era un factor determinante.

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)

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver el dinero depositado en la cuenta de ahorro individual administrada, y el retorno de los gastos de administración, de los valores depositados en el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, el valor de la primas de seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados y los circunscribió al tiempo en que el afiliado permaneció en cada AFP, situación que así se determinará en la parte resolutive del 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 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, por lo que se considera resuelto lo planteado por COLPENSIONES en su recurso de alzada, sin necesidad de aclarar o adicionar la sentencia en este punto, pues esta magistratura considera que son claros los postulados jurisprudenciales que garantizan el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional al tenor de lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005.

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 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: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. 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, las administradoras del RAIS accionadas, quienes en el sub lite son PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se **ADICIONARÁ** el fallo recurrido.

En cuanto a la inconformidad del recurrente atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN al tenor de lo dispuesto por el Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el Artículo 151 del Código

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.*

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 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 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 esbozados por PROTECCIÓN S.A en su recurso de alzada, 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).

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 PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES E.I.C.E. a favor del demandante por no haber tenido éxito en su recurso de apelación, lo anterior, teniendo en cuenta que la parte demandada atacó sin éxito los argumentos

centrales expuestos por el a quo, los cuales 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.

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**

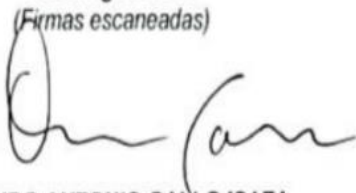
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.582.581, en contra de **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR 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. trasladará 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, operación en la que deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, conforme a los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de las entidades demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E. 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:	CARLOS MARIO IDARRAGA MONTOYA
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-010-2019-00744-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	03/05/2023

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 04/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario