



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de junio de dos mil veintitrés.

22-325

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **IBETH ORTIZ HERNANDEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-013-2021-00524-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA 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 PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería a la doctora KAREN SOFÍA SÁNCHEZ GONZÁLEZ identificada con c.c. 1.152.454.659 de Medellín y T.P. N° 383.959 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR S.A, por estar adscrita a la sociedad GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como consta en el certificado de existencia y representación legal allegado, persona jurídica que funge como apoderada judicial de la sociedad PORVENIR S.A. según escritura pública No. 3.748 del 22 de diciembre de 2022, suscrita en la Notaria 18 del Círculo de Bogotá.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES.

1.1. LO PRETENDIDO.

Solicitó la demandante, que se declare la **INEFICACIA** del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A y Colfondos S.A, y seguidamente se ordene el retorno, y reactivación de la afiliación de la

demandante en el RPM. Consecuencialmente que se ordene a Porvenir S.A trasladar todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuneta de ahorro individual de la afiliada.

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

- ✓ Que nació el 21 de mayo de 1969, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 52 años de edad.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS, desde noviembre de 1987, y que cuenta con un total de 1.351 semanas de cotización.
- ✓ Que en abril de año 1995, mientras se encontraba trabajando en el “Departamento Administrativo Presidencia de la Republica”, la trasladaron sin su consentimiento a Porvenir S.A, AFP que no tuvo en cuenta la prohibición del literal 3, artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Que en abril del año 1998, se trasladó a Colfondos S.A, sin ningún tipo de asesoría, puesto que, el área de Gestión Humana de la empresa MBA temporales, le solicitó la afiliación a dicha AFP, entidad que gestionó la firma del formulario de afiliación.
- ✓ Que en junio de 2013, la empresa Consorcio Servicios Integrales, le solicitó la afiliación a Porvenir S.A, razón por la cual, el área de Talento Humano gestionó la firma del formulario de afiliación, sin que medie ningún tipo de asesoría pensional.
- ✓ Que Porvenir S.A, nunca le informó sobre la restricción de edad para efectuar el traslado de régimen, conforme lo indica la Ley 797 de 2003.
- ✓ Que el 22 de septiembre de 2021, solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado a dicho régimen pensional, obteniendo respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colpensiones E.I.C.E, estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y la solicitud de traslado de régimen incoada, frente a los demás adujo no constarle, al constituir situaciones ajenas al conocimiento de la entidad.

Porvenir S.A, aceptó los hechos relativos a la creación de los fondos privados, lo dispuesto en el literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el límite de edad para trasladarse de régimen pensional, frente a la afiliación al RAIS, adujo que fue completamente válida, por cuanto la demandante diligenció formulario de vinculación ante la Porvenir S.A. el día 14 de marzo de 1995, afiliación que se hizo efectiva a partir del 01 de abril de 1995, hasta el 30 de abril de 1998, fecha en la cual la actora se traslada a Colfondos, para luego retornar al primer fondo de pensiones, a través del formulario de vinculación del 26 de junio de 2013, afiliación que se hizo efectiva a partir del 01 de agosto de 2013,

aunado a esto, resaltó que durante la vinculación al RAIS, la demandante recibió la información suficiente y necesaria para que en cada una de las oportunidades legales tome la decisión informada, en relación con la decisión de continuar o trasladarse de régimen pensional.

Por su parte Colfondos S.A, consideró ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la creación de los fondos privados, las restricciones legales para el traslado de régimen, la afiliación a Colfondos y las solicitudes de información incoada, frente a los demás hechos resaltó que todos los afiliados reciben una asesoría integral, incluyéndose la recibida por la demandante, así las cosas, dejando en claro que la AFP cumplió a cabalidad con la normatividad vigente de la época de la afiliación, indicó que la regulación pensional del RAIS, se encuentra plasmada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, normas que son de fácil acceso para toda la población en general, sin olvidar, los extractos a pensiones obligatorias que reciben todos los afiliados de forma periódica, informando su estado actual de afiliación, capital acumulado y demás condiciones básicas que le permitían discernir que este régimen es completamente orientado al ahorro.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 02 de diciembre de 2022, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y consecuencialmente condenó a Porvenir S.A a: *“trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/04/1995 hasta el 30/04/1998 y nuevamente a partir del 01/08/2013 exclusivamente por la afiliación de la señora IBETH ORTIZ HERNÁNDEZ, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados.”* Ordenando a Colpensiones a recibir dichas sumas de dinero. En igual sentido condenó a Colfondos S.A a: *“trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las cuotas y/o gastos de administración cobradas por la afiliación de la señora IBETH ORTIZ HERNÁNDEZ entre el 1 de mayo de 1998 hasta el 31 de julio de 2013. Debidamente indexadas.”* Ordenando a Colpensiones a recibir dichas sumas de dinero.

Seguidamente condenó a Colpensiones E.I.C.E, a activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A y Colfondos S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, correspondiéndole un \$1.000.000 a cada una.

Dentro del término concedido por la ley Porvenir S.A, y Colpensiones E.I.C.E interpusieron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA 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.

Consideró que, no existen razones fácticas para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación, por lo que no es posible que se aplique la excepción contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sumado a que conforme a los formularios de afiliación allegados, sus traslados se dieron con el acompañamiento de asesores comerciales del fondo privado, por lo cual se infiere que para la fecha del traslado, se cumplió con el suministro de la información contenida en el Decreto 663 de 1993, y la Ley 100 de 1993, de otro lado, resaltó que la demandante tuvo múltiples oportunidades para trasladarse al RPM, lo que reafirma la intención de la demandante de permanecer en el RAIS, si bien es cierto, la jurisprudencia ha dicho que esto no puede considerarse como una manifestación absoluta de los afiliados, si puede entenderse como unos actos de relacionamiento de la voluntad de los mismos para permanecer y disfrutar de las ventajas del RAIS. Resaltó que la inconformidad de la demandante no radica en cómo se dio su vinculación o de cómo se han administrado los recursos, sino que versa sobre los beneficios que recibiría en el RPM, estando por mucho tiempo beneficiada de las ventajas que ofrece el RAIS, por lo cual conforme lo ha dicho la C.S.J, no puede entenderse la declaratoria de la ineficacia de este acto jurídico, toda vez que la naturaleza de la misma, debe obedecer a la forma en cómo se administraron los dineros en dicho régimen, pues esta no se compadece de cómo fueron creados los fondos probados en Colombia. De otro lado indicó, que la prueba documental da cuenta de que se cumplió con los requisitos exigidos en dicha data, pues las demás obligaciones surgieron a partir del año 2016, a través de la Circular 016 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, es por ello que, a parte de los formularios de afiliación allegados, no se cuenta con otra prueba documental, y en ese sentido, la AFP no se encuentra en una mejor posición probatoria

que acredite esa entrega de información, pues desde las pretensiones, se exponen negaciones indefinidas del traslado. De igual forma indicó que, las obligaciones de buen consejo y debida asesoría son obligaciones posteriores, y en razón a esto solicitó se evalué la conducta de la AFP, teniendo en cuenta el principio de legalidad y de retroactividad de la norma.

De otro lado, conforme a lo dicho por la C.S.J. y la Superintendencia Financiera de Colombia, a los afiliados también les asistía un deber de diligencia y cuidado sobre sus propios negocios, sobre el cual carece la actora, pues aquella contó con varias oportunidades para acercarse y constatar la información que se le daba o que no se le dio, sumado a que la misma recibió un comunicado en donde se le manifiesta que esta próxima a cumplir 47 años, y que ello la haría inmersa en a prohibición legal de trasladarse de régimen, por lo que la demandante no puede excusarse en su propia culpa y pretender que se declare la ineficacia únicamente por no obtener las ventajas del RPM.

Frente al traslado de los aportes de forma indexada, considera que se impuso una condena doble que acarrea un enriquecimiento sin justa causa sobre Colpensiones, pues lo que se pretende con la indexación es que dichos descuentos no sufran detrimento con el paso del tiempo, y dicho detrimento se podría ver resarcido con el traslado de los rendimientos en base a unas restituciones mutuas, ya que, a la luz de la ineficacia, esos rendimientos nunca debieron haberse generado. Respecto a los gastos de administración, adujo que los mismos no se encuentran dentro del patrimonio de la AFP, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en igual sentido lo considero respecto de la suma de los seguros previsionales, resaltando que estas deducciones también se realizan en el RPM.

Finalmente, frente a la condena en costas, consideró que no sería procedente por cuanto la entidad obró de buena fe en todo momento, generando rendimientos en la cuenta de ahorro individual y administrando de forma adecuada los recursos.

2.2.2 PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Interpuso recurso de apelación de forma parcial, solicitó que se adicione la sentencia en el sentido de que la AFP Colfondos S.A, haga la devolución de los seguros previsionales y los descuentos del fondo de garantía de pensión mínima, incluyendo la indexación por el tiempo en que haya permanecido la demandante en dicho fondo, y no solo las cuotas de administración, esto por cuanto la estabilidad financiera del sistema no se puede verse afectada por un acto que carece de eficacia, aunado a evitar que el valor de las cotizaciones, no resulte inferior al que en su momento debió efectuarse a Colpensiones.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Colpensiones se ratificó en lo plasmado en su recurso de apelación, solicitando se adicione la sentencia bajo el entendido que se ordene a Colfondos S.A a trasladar todos los valores que hubiere recibido durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP, esto es, las cuotas de administración, seguros previsionales y descuento de la garantía de pensión mínima, incluyendo la respectiva indexación. Aunado a esto solicitó que se ordene a las AFP accionadas, que al momento de trasladar las sumas a Colpensiones, estas se discriminen con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Por su parte Porvenir S.A, respecto de la declaratoria de la ineficacia de afiliación al RASI indicó que, al momento de realizar el traslado de la parte accionante al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria para la época dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Resaltó que la demandante contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, incluso realizando traslados de manera horizontal entre fondos privados, de lo cual concluye que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al RAIS. Manifestó que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

Respecto al retorno de las cuotas de administración, los seguros previsionales y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, consideró que dichos descuentos, tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta del afiliado y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio

ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo al afiliado, lo anterior de conformidad con lo expuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el concepto del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

Finalmente, respecto a las costas procesales indicó que, la entidad siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que, a su juicio, la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe.

2.3.3 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Por su parte el apoderado judicial de la demandante, después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial entorno a la ineficacia del traslado, resaltó que, las AFP accionadas no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que la accionante cumpliera los 47 años de edad, evidenciando además que aquella fue engañada por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron “mentiras y engaños” para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema. Finalmente estimó que los traslados horizontales que realizó la accionante durante su vida laboral en el RAIS, no convalidan el deber de información de las AFP en el momento del acto jurídico del traslado

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 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 COLFONDOS 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 LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal

sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 14 de marzo de 1995, cuando suscribió el formulario de vinculación a Porvenir S.A (fl 42 del archivo 17 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador para acceder a un puesto de trabajo, y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características de RAIS, y las implicaciones, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora IBETH ORTIZ HERNANDEZ, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel académico era profesional en administración de empresas, y que trabaja como directora de aseguramiento. Respecto al traslado a Porvenir S.A, indicó que cuando ingreso a trabajar en la Presidencia de la Republica, el área de Gestión Humana diligenció todos los documentos, entre ellos el formulario de afiliación el cual únicamente firmó, resaltó que no hubo presencia de un asesor comercial de Porvenir S.A.

Respecto a la movilidad efectuada hacia Colfondos S.A, indicó que, en el año 1998, cuando ingreso a la empresa MBA Temporales, el área de Gestión Humana diligenció todos los documentos de

vinculación, entre ellos el formulario de afiliación a la AFP, resaltó que no recibió visita o explicación por parte de un asesor de Colfondos S.A.

Respecto al retorno a Porvenir S.A. en el año 2013, adujo que, en similares condiciones, y con ocasión al cambio de empleador, Consorcio SIM, el área de Gestión Humana se encargó de indicarle los documentos a suscribir, entre los que se encontraba el formulario de afiliación a Porvenir S.A., resaltó que, en las mismas condiciones de los anteriores traslados, no recibió asesoría ni acompañamiento por parte de un asesor comercial.

Adujo que no le explicaron conceptos como, los requisitos para pensionarse con un fondo privado, las ventajas y desventajas de su afiliación al RAIS, el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, aportes voluntarios, heredabilidad de aportes, finalmente argumentó que el móvil por el cual suscribió los formularios de afiliación, fue la firma de los contratos de trabajo.

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, 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 de la señora ORTIZ HERNANDEZ, quien en 1995 se vinculó a Porvenir S.A, posteriormente se trasladó a Colfondos S.A y finalmente retornó Porvenir S.A, conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 66, archivo 17, del expediente digital), siendo Porvenir S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 2013. 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 para la vinculación a la AFP.

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 de la 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 **ADICIONARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, ordenó el retorno de los tres ítems que componen los costos de administración a Porvenir S.A, sin embargo, solamente tuvo en cuenta los gastos de administración para el caso de la AFP Colfondos S.A, cuando conforme el claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre, debe extenderse la misma orden a la totalidad de administradoras del RAIS por las que trasegó la usuaria, claro está, limitado al tiempo en que permaneció en cada una, y así se dirá en la parte resolutive del fallo.

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 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 en Colfondos S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y es que, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES E.I.C.E. reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES E.I.C.E., máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

Empero, ello NO quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** el fallo 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), debe ser entregado a Colpensiones E.I.C.E debidamente **indexado** por parte Colfondos S.A y Porvenir S.A respecto del tiempo de permanencia en cada una, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la

fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, todas 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, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la 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, a favor de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2022 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **IBETH**

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.*


ORTÍZ HERNÁNDEZ identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 51.951.134, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que PORVENIR 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, última orden que también se **extenderá** a COLFONDOS S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibió durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a dicha AFP, montos que serán debidamente **INDEXADOS** por las administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además **deberán** discriminar los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores.


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

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.


Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	IBETH ORTIZ HERNANDEZ.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-013-2021-00524-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	23/06/2023

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 26/06/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario