



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintitrés de junio de dos mil veintitrés.

22-313

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MARIO EDUARDO LEAL VALENZUELA.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y otros.**
Radicado No.: 05001-31-05-020-2021-00252-01.
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 COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado de conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 020** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó el demandante, se declare la ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A, Protección S.A, y Colfondos S.A, y consecuentemente se entienda sin solución de continuidad la afiliación al RPM. Que se condene a Colfondos S.A al traslado inmediato a Colpensiones E.I.C.E, del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, bonos pensionales y demás conceptos que han sido depositados en dicha cuenta. Que se condene a Colpensiones E.I.C.E, a que de forma inmediata acepte el reingreso del demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes trasladados por Colfondos S.A.

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

- ✓ Que nació el 13 de julio de 1959.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS desde el mes de marzo de 1985.
- ✓ Que suscribió formulario de afiliación al RAIS, administrado por Porvenir S.A, el 11 de enero de 1996.
- ✓ Que al momento de la afiliación, el asesor de la AFP Porvenir S.A le manifestó que podría pensionarse de forma anticipada, que el ISS se iba a terminar, y que el traslado no le generaría ningún perjuicio puesto que era más conveniente por los beneficios que ofrecía la AFP.
- ✓ Que al momento del traslado, no le brindaron información respecto al derecho de retracto, y sobre las características de causación y reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS.
- ✓ Que el 19 de julio de 2001, se trasladó Santander hoy Protección S.A.
- ✓ Que el 27 de agosto de 2003, se trasladó a Colfondos S.A, con la convicción de que el RAIS era el que más le convenía.
- ✓ Que la mesada pensional en el RPM, es superior a la que le correspondería en el RAIS.
- ✓ Que el 4 de junio de 2021, solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado a dicho régimen pensional, obteniendo respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte Porvenir S.A, no acepto ningún hecho plasmado en el libelo demandatorio y en su lugar resaltó que el traslado de régimen se dio en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, en la cual se brindó una debida asesoría, por lo que el demandante debe someterse a las condiciones del sistema por el que aptó.

Colpensiones E.I.C.E, consideró como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación inicial al ISS, el traslado de régimen, la ausencia de asesoría en cuanto al cálculo, liquidación y reconocimiento de las pensiones, el traslado a Protección S.A, y la solicitud de traslado incoada por el demandante. Frente a los demás hechos adujo no constarle, por cuanto son hechos ajenos al conocimiento de la entidad.

Por su parte Colfondos S.A, estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante y el traslado a dicha AFP, acto que se dio en ejercicio del derecho de libre elección que le asistía, frente a los demás adujo con constarle dado que involucran a otras AFP.

Finalmente, Protección S.A aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento del demandante, frente a los demás adujo que realizó una asesoría independiente, amplia, correcta, clara, comprensible

y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como características, diferencias entre regímenes, implicaciones y efectos del traslado.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, considerando que el demandante ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad. Consecuencialmente condenó a Colfondos S.A, a trasladar a Colpensiones E.I.C.E, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, *el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha de afiliación al RAIS, hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen.* En igual termino a Porvenir S.A y Protección S.A, a quienes condenó a trasladar a Colpensiones E.I.C.E, y con cargo a su propio patrimonio, *lo correspondiente a los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliado a dicha administradora,* de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

Seguidamente condenó a Colpensiones E.I.C.E, a recibir los aportes que Protección S.A le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el RAIS como semanas cotizadas, las cuales deberán reflejarse en su historia laboral.

Finalmente condenó en costas a las AFP demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV a cargo de Porvenir S.A, 1 SMLMV a cargo de Protección S.A, y 1 SMLMV a cargo de Colfondos S.A, y a favor de la parte demandante.

Dentro del término concedido por la ley, COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A 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. RECURSO DE APELACIÓN.

2.2.1 PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Adujo que, la a quo no tuvo en cuenta en la decisión proferida en primera instancia, las implicaciones económicas y administrativas que genera, y al tener que asumir una defensa técnica en una relación jurídica sustancial de la cual en principio no hizo parte, es decir, la forma en que se vinculó a Colpensiones en los procesos judiciales como Litis consorte necesario, partiendo de la base de que Colpensiones no participo en la celebración de contratos de vinculación, ni tampoco del uso o maniobra contraria a la ley, para obtener el traslado de los aporte del afiliado con ocasión de la enteeda en vigencia de la ley 100 de 1993, es claro que la voluntad de las partes de poder emigrar de un régimen a otro, fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al RAIS, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Indico que se solicitó la declaración de ineficacia por el valor de la mesada pensional, por lo que dicha responsabilidad de la falta de información es de las AFP y no de Colpensiones, igualmente, los demandantes argumentan que, la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia del consentimiento informado, abuso de la posición contractual y afirman que de haber sido informados, no habría aceptado el traslado, sin embargo, no se evidencia que el demandante haya acudido a alguna instancia a poner en conocimiento o a denunciar alguna falsedad de documento, por el contrario, cada uno firmo libre y voluntariamente el traslado, por lo que es exigible al demándate, un cuidado en la toma de decisiones o informarse sobre las posibles posiciones que ofrecía el mercado en su momento, situación que no se ve reflejada en el proceso, pues nunca se acercó a una oficina de Colpensiones a pedir información adicional. Se debe tener en cuenta que si bien es cierto que la línea jurisprudencial de las altas cortes, buscan la protección de los derechos de la parte débil del proceso, pues así se consideró desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, pues tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto, y un afiliado lego, por lo que se solicita se realice un estudio exacto en cada uno de los procesos, en el entendido de que se le está permitiendo a los demandantes, trasladarse de régimen en cualquier tiempo, y para el caso en particular, es profesional, arquitecto, si bien el demandante no es especialista en derecho o en finanzas, pero su conocimiento le permite adquirir una mejor información para una toma de decisiones, de esta forma solicita la revocatoria de la condena impuesta a la entidad.

De igual forma, en caso de confirmar la sentencia, de acuerdo a lo establecido en las sentencias SL 843 de 2022, SL 725 de 2022, SL 756 de 2022, SL 896 de 2022, con el fin de que exista una claridad

en el entendido de que al cumplirse la orden del traslado, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados, juntos con los rendimientos financieros y demás integrantes de la cuenta de ahorro individual, deben estar debidamente indexados y discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos del IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

2.2.2 PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

Adujo que, conforme al fallo de primera instancia, y teniendo en cuenta la fecha de traslado del demandante, no existía la obligación de Porvenir de guardar todo el soporte documental de forma estricta, sino, únicamente brindar una información de carácter general, y que la voluntad de afiliación, quedara suscrita a través del formulario de afiliación que efectivamente se aportó con la constatación de la demanda, y que no fue tachado de falso, se recuerda que el formulario de afiliación es una prueba idónea para demostrar la voluntad de afiliación y que en todo caso es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, también consideró que quedó probado que el demandante tuvo acceso a una asesoría brindada por la AFP, y que de acuerdo con el interrogatorio de parte, se determinó que el demandante estuvo acompañado de asesores comerciales de Porvenir S.A, quienes le brindaron una información suficiente, y en virtud de esto, tomó la decisión de forma libre y espontánea de trasladarse al RAIS, resaltó que Porvenir ha hecho campañas masivas para informar a los consumidores financieros de los distintos cambios normativos, y pone a disposición de los afiliados los canales de comunicación para que resuelvan las dudas relacionadas con su futuro pensional, consideró que para la época en que se efectuó el traslado, no existía el deber de información tal y como lo concomeros hoy, y de acuerdo con los argumentos de la parte motiva del fallo, debe tenerse en cuenta que la misma C.S.J. estableció que los deberes como la doble asesoría, el buen consejo, y la obligación de desincentivar la afiliación surgieron muy posteriormente, por lo que el fallo de primera instancia impuso a Porvenir una carga excesiva, en cuanto no se podrían aplicar este tipo de normatividades recientes en forma retroactiva, y menos imponer obligaciones que no estaban vigentes en esa época. De otro lado adujo que, teniendo en cuenta la validez de la afiliación, el Tribunal debe revocar la condena consistente en trasladar las cuotas de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, porque teniendo en cuenta la finalidad del descuento de esos emolumentos, ya estos cumplieron plenamente con su cometido, lo que quiere decir que en cuanto los gastos de administración, se utilizaron para generar rendimientos que se reflejaron de forma positiva en la cuenta de ahorro individual, y en los casos de las primas de seguros previsionales, se trató de descuentos que se destinaron a una aseguradora, para el cubrimiento de unas contingencias de invalidez y muerte, de las cuales disfrutó el demandante durante todo el tiempo de aislación, por lo que no podría hoy declararse el retorno de estos rendimientos a Colpensiones, ya que implicaría en primer lugar un enriquecimiento sin causa a

esta entidad, pues no fue ella quien se encargó de la gestión de estos dineros que generaron consigo rendimientos financieros, sino que es Porvenir quien obrando acorde con el mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, realizó esta debida gestión que se reflejó de una buena forma en favor del demandante, finalmente consideró que deberá ser revocada la condena en costas, por cuanto, la AFP siempre ha obrado de buena fe, acorde con los mandatos legales del ordenamiento jurídico, por lo cual sería improcedente que el tribunal confirmara la condena en costas que se emitió en primera instancia. Conforme a lo anterior solicitó se revoque las condenas impuestas en primera instancia.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Después de ratificarse en lo expuesto en su recurso de apelación, indicó que, en los casos de ineficacia de la afiliación, se invierte la carga de la prueba sin atender las situaciones particulares de cada caso, pues se exige al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que la carga probatoria recaiga sobre los fondos privados, quienes únicamente cuentan con los formularios de afiliación. Conforme lo anterior, al ser la afiliación un contrato inter partes, el demandante también tiene obligaciones, al tenor del Decreto 2555 de 2010, en donde se determina las obligaciones que debe atender el afiliado que pertenezca al Sistema General de Pensiones.

De otro lado, teniendo en cuenta las etapas del deber de información, consideró que en el evento de determinar que la información no fue proporcionada por las AFP accionadas, serán aquellas las directamente implicadas en el reconocimiento de una eventual prestación económica en favor del demandante y no Colpensiones, lo anterior, teniendo en cuenta que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

De otro lado, solicitó no ser condenada en costas en segunda instancia, teniendo en cuenta que la entidad es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado, por lo cual no puede ser beneficiaria, ni perjudicada por el acto jurídico, esto al tenor del principio de relatividad de los contratos.

Finalmente, en caso de confirmar el fallo de primera instancia, solicitó que las AFP accionadas devuelvan a Colpensiones los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y como lo estableció en su momento las sentencias 68838 de mayo 8 de

2019, que remite a las sentencias SL 31989 - 2008; SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 y SL 1421 de 2019, de forma indexada.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, resaltó que no existían razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión se tomó de forma espontánea y sin presiones, cumpliendo los requisitos exigidos por la normatividad, y después de brindar la información necesaria, y obligatoria para la época.

Respecto a la condena consistente en trasladar a Colpensiones las comisiones de administración, el valor descontado para pagar la prima del seguro previsional, y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, adujo que estas sumas tienen una destinación específica, consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que dichos descuentos han cumplido plenamente su cometido, y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, por lo que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado, de otra forma, se estaría fragmentando la sostenibilidad financiera del sistema.

En cuanto a la indexación, consideró que como los efectos de la declaratoria de la ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, no es posible que se condene a la indexación de los valores a trasladar, por tanto, el detrimento del valor económico, se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión de los recursos del demandante.

Finalmente, con relación a las costas procesales, indicó que la entidad siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época del traslado, por lo que dicha condena no es procedente ante la ausencia de mala fe de la accionada.

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 COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN SA Y PORVENIR 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 exployado 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.° 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 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 enero de 1996, cuando suscribió el formulario de vinculación a Porvenir S.A. (fl 24 del archivo 05, 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 extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración, y por 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 MARIO EDUARDO LEAL VALENZUELA en el aludido interrogatorio expuso que su nivel académico es profesional en arquitectura, y que labora en una empresa comercializadora de muebles y en un taller de confección de muebles infantiles. Respecto al traslado a Porvenir S.A, indicó que en el año 1996, mientras laboraba, conformaron un grupo de 10 personas para que un asesor de Porvenir les diera una charla, y posteriormente para que firmaran el formulario de afiliación, resaltó que la charla fue muy comercial, en donde le dijeron que el ISS se iba a terminar, por lo que era muy importante pasarse a un fondo privado, en el cual recibiría una mejor pensión, a una edad menor, pero sin explicarle como la iban a generar, resaltó que no tuvo ninguna inquietud, y que su traslado fue voluntario, pues estaba claro que debía suscribirse a un fondo privado, según la información anteriormente suministrada.

Respecto a la movilidad, indicó que en el 2001, laborando en otra empresa (Muebles y Accesorios), lo visitó un asesor de Santander, hoy Protección S.A, quien mediante asesoría grupal le manifestó que con dicha AFP tendría un mejor acompañamiento y una asesoría permanente, aunado a los mismos beneficios ofrecidos por Porvenir en el pasado, esto es, que era un fondo privado estable, en el cual se podía pensionar antes, con una mejor prestación económica, razones que consideró suficientes para trasladarse, pues Porvenir S.A, nunca le brindó acompañamiento y asesoría. Manifestó que no le indicaron los requisitos para causar una pensión, así como tampoco la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

En cuanto al traslado a Colfondos S.A, indicó que unas asesoras comerciales lo visitaron en su lugar de trabajo, quienes le comunicaron que la AFP era un fondo sólido, confiable y con gran respaldo, razón, que consideró suficiente para firmar el formulario de afiliación.

Resalto que nunca le dijeron que su pensión podría ser inferior a la que le correspondería en Colpensiones, razón por la cual, bajo el sentimiento de engaño por parte de las AFP, decidió interponer la presente acción.

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, 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.

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 las administradoras del RAIS accionadas, 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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la a quo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y es que, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES E.I.C.E. reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que 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 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 de Porvenir S.A, Protección S.A y Colfondos S.A, respecto del tiempo de permanencia en cada uno, y 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 del 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 algunos de 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: CONFIRMA la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **MARIO EDUARDO LEAL VALENZUELA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 79.150.019, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A.**

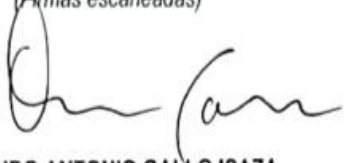
¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

SEGUNDO: ADICIONA el numeral tercero de la providencia, bajo el entendido que PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A, trasladarán a COLPENSIONES E.I.C.E, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente **INDEXADOS** 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 entregados.


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

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


Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY 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:	MARIO EDUARDO LEAL VALENZUELA.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y otros.
Radicado No.:	05001-31-05-020-2021-00252-01.
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