



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, catorce de julio de dos mil veintitrés.

22-335

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **ERNENESTO GOMEZ ECHEVERRI.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05266-31-05-001-2019-00463-01
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, 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 23** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES.

1.1. LO PRETENDIDO.

Solicitó el demandante, la declaratoria de **NULIDAD o INEFICACIA** de la afiliación del RPM al RAIS, y que consecuentemente se ordene a Porvenir S.A, el regreso automático del demandante al RPM, y de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, costos de administración, con todos sus frutos e intereses junto con los rendimientos que se hubieren causado. Que se condene a Porvenir S.A, a pagar y trasladar a Colpensiones, los dineros faltantes en caso de que el saldo sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez correspondiente, como si hubieren permanecido en el RPM, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último. Que se ordene a Colpensiones el traslado del demandante al RPM y a actualizar la historia laboral en dicho régimen. Finalmente solicitó el pago de costas del proceso.

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

- ✓ Que nació el 24 de marzo de 1962, cumpliendo 62 años de edad en la misma calenda del año 2024 y que cuenta con 1318 semanas de cotización en toda su vida laboral.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS desde el 1 de agosto de 1990, hasta el 31 de diciembre de 1996.
- ✓ Que mediante solicitud del 1 de octubre de 1996, efectiva a partir del 1 de diciembre de la misma anualidad, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- ✓ Que la AFP no le brindó una información veraz, indicándole que el ISS se iba a terminar y que en el fondo privado obtendría una pensión a una edad más temprana y en cuantía mayor.
- ✓ Que el asesor del fondo privado, solamente se limitó a diligenciar un formato con preguntas preestablecidas, sin informar las consecuencias negativas y específicas de abandonar el RPM.
- ✓ Que los asesores de la AFP le indicaron que se podría pensionar a edad más temprana, que su mesada pensional podría ser superior que en el RPM y que el ISS se iba a terminar, sin explicarle las ventajas y consecuencias del traslado.
- ✓ Que la mesada pensional sería superior en el RPM, en comparación con la que le correspondería en el RAIS.
- ✓ Que el 8 de julio de 2019, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, sin obtener respuesta dentro de los 30 días hábiles siguientes.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colpensiones E.I.C.E. estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS y la solicitud de traslado incoada. Respecto a los demás supuestos facticos, resaltó no constarle, considerando que son hechos ajenos al conocimiento de dicha entidad.

Porvenir S.A, acepto los hechos relativos a la creación de los fondos privados, la forma de promoción de las actividades de las AFP, la fecha de vigencia de la afiliación y las solicitudes incoadas ante la entidad. Respecto al traslado de régimen pensional indico que brindó al demandante asesoría respecto a los regímenes pensionales, a sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas, características propias del régimen, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos, la posibilidad de heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

Resaltó que el demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

Finalmente, destaco que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 10 de agosto de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, considerando que el demandante ha permanecido afiliado al RPM sin solución de continuidad.

Seguidamente condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, incluyéndose además los bonos pensionales si los hubiere, todo ello dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Ordenó a Colpensiones E.I.C.E a recibir los dineros trasladados, teniendo al demandante como afiliado al RPM, sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral para los fines pensionales y prestacionales a que hubiere lugar.

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

Dentro del término concedido por la ley, el apoderado de Porvenir S.A interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS.

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR.

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

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

Solicitó se revoque la providencia, considerando que para la fecha de vinculación del actor, se cumplió con los requisitos legales y vigentes, debido a que la interpretación de la C.S.J surgió a partir del 2008, para la AFP era admisible al momento de la afiliación, brindar una asesoría de manera verbal a los potenciales afiliados, con base en lo cual firmaron el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, resaltó que a pesar de que el accionante manifestó que no se le brindó información, es claro que el formulario de afiliación, soporta el acto jurídico de traslado, el cual conlleva unas consecuencias jurídicas, y que además, al tenor del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, la AFP no se podía negar a vincularlos al momento de suscribir el formulario de afiliación, si bien la C.S.J reprocha ese soporte documental, manifestó que era el único necesario, vigente y obligatorio para la fecha del traslado, y los demás soportes documentales solo surgen a partir del año 2016, con la expedición de la circular 016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, incluso para la fecha de los hechos, no se hablaba del deber del buen consejo y de doble asesoría. En igual sentido, destacó que el actor no realizó ninguna acción tendiente a solicitar información de su situación pensional, pues nunca se acercó a los canales de comunicación a pesar que el Decreto 2241 del 2010, estableció esta obligación para los afiliados, mas si desean ver cumplidas sus expectativas pensionales. Destacó que la AFP no tiene un control sobre la liquidación de las prestaciones pensionales, pue esto está determinado por la Ley, y al ser una construcción que depende netamente de los aportes de los afiliados, en ellos también recae una carga al momento de obtener información o de acercarse a los canales de comunicación, más aun, cuando el único motivo por el cual desea regresar al RPM es la cuantía de la mesada pensional, y esto no puede ser óbice para declarar una falta de información en los términos de la sentencia 31989 de la C.S.J.

Finalmente en el evento de confirmar la ineficacia del traslado y sus consecuencias, solicitó que se reconsidere lo atinente a los montos a trasladar, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues estos descuentos han sido efectuados bajo el imperio de la normatividad, con una destinación legal y específica, y los rendimientos se generaron con causa a estas cuotas de administración, y estos superan a los que se hubieran generado en Colpensiones, por lo que ante una ineficacia del traslado,

los rendimientos financieros que superan la tasa mínima de rentabilidad no deberían ser trasladados a Colpensiones, teniendo en cuenta que nunca surge a la vida jurídica la administración de los recursos por parte de la AFP.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.3.1 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Por su parte, después de realizar un recuento jurisprudencial y normativo respecto del deber de información, buen consejo, y carga de la prueba en los asuntos de ineficacia de la afiliación al RAIS, consideró que, el engaño y la insuficiente información suministrada por la AFP en su afán de adherir a dicho Fondo a muchos afiliados, conllevó a una afiliación que encuadra dentro de la teoría de la falta de consentimiento informado, por lo que considera, que debe declararse nula dicha afiliación y retrotraerse todas las consecuencias del traslado.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Resaltó que la decisión de traslado tomada por el demandante, se hizo de forma espontánea y sin presiones, cumpliendo los requisitos que la ley exigía para esa fecha, y que al momento de realizar el traslado, la AFP 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 entonces dentro del mismo Formulario, el cual es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Adicional a ello, indicó que el demandante no solicita la ineficacia del traslado por la forma en cómo este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su. vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Resaltó 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, conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, SL 1689-2019 y SL3464- 2019, en consecuencia, consideró que, al no existir las obligaciones para la época de la afiliación, no se pueden aplicar de manera retroactiva.

Frente a las sumas correspondientes a los gastos de administración, indicó que dichos descuentos, 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, por lo que ordenar su traslado, se generaría un enriquecimiento sin causa, adujo que toda decisión judicial debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior basándose en la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019, dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501, donde se estudió la negativa de las ineficacias de la afiliación con base en la sostenibilidad financiera del sistema. Soportó las anteriores consideraciones en el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020, Radicación 2019152169-003-000.

Frente a la indexación ordenada, indicó que no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes se busca reponer con la indexación, se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión de los recursos del demandante, que en todo caso, atendiendo a los efectos jurídicos antes mencionados, nunca debieron existir, por lo que se estaría imponiendo una condena doble y se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Finalmente, frente a la condena en costas consideró que no es procedente en razón a que la AFP 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.

2.3.3 PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Por su parte, Colpensiones E.I.C.E, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, resaltó que el demandante se encuentra imposibilitada para retornar al RPM al tenor del artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, aunado a que no se probó la existencia de alguna causal que habilite la anulación del traslado de régimen.

Resaltó que el demandante plasmó su firma en el formulario de afiliación siendo una persona plenamente capaz, por lo que debe entenderse que aceptó cada una de las condiciones ofrecidas, y en consecuencia, no es dable que años después presente su inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo privado, lo que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecho con lo que la AFP ofrecía.

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA.

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

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

4 CONSIDERACIONES.

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar*

sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado**. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

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

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

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

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

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 01 de octubre del 1996, cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A (fl 46 archivo 26, del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la 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 ERNESTO GOMEZ ECHEVERRI, en el aludido interrogatorio, respecto al traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A, expuso que un asesor comercial fue a la oficina en donde laboraba, lugar en el cual le indicó que el ISS se iba a terminar, y que los fondos privados eran las entidades que iban a seguir funcionando, entidades que por demás le darían una mejor pensión. Aclaró que el asesor comercial no le brindó información adicional sobre las ventajas y desventajas que tendría frente a la afiliación a dicha entidad. Finalmente resaltó que su motivación para retornar al RPM es la diferencia en la cuantía de la mesada pensional.

Resaltó que no le hablaron de temas como rendimientos financieros, pensión anticipada, heredabilidad de aportes, y bono pensional.

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 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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo.

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo

y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de Colpensiones 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 **CONFIRMAR** el fallo, toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a COLPENSIONES E.I.C.E debidamente indexado por parte de PORVENIR S.A, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios

recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

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

Finalmente, conforme los razonamientos que preceden, y pese a los juicios argumentos que en este punto ventila Porvenir S.A. en recurso de apelación, no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, pues el criterio que resulta vinculante es el que de forma pacífica y reiterada ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias reseñadas, que constituyen un precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

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 el aspecto antes aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A a favor del demandante por no haber tenido éxito en su recurso de apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **ERNENESTO GOMEZ ECHEVERRI** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 7.538.438, en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

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: ADICIONAR el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que PORVENIR S.A, **deberá discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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:	ERNENESTO GOMEZ ECHEVERRI.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05266-31-05-001-2019-00463-01
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	14/07/2023.

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 17/07/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario