



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, treinta de junio de dos mil veintitrés.

22-298

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **CLAUDIA MARTINA TABORDA FRANCO.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y otros.**
Radicado No.: 05001-31-05-004-2018-00666-01.
Tema: ineficacia traslado.
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA.**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado, se reconoce personería jurídica a la doctora EDILMA HERNANDEZ TORRES identificada con C.C. No. 43.507.281 y portadora de la T.P. No. 215.628 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES E.I.C.E conforme sustitución de poder que le hiciera la doctora ELIANA MORENO PEDROZA, identificada con c.c. 43.921.415 y TP. 173.191 del C.S. de la J, como apoderada principal adscrita la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que reposa en el plenario, en su calidad de apoderada y de conformidad con la Escritura Publica No. 3.374 del 2 de septiembre de 2019, suscrita en la notaria 9 del circulo 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 021** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante, se declare la **INEFICACIA y/o NULIDAD** del traslado al RAIS, considerando que siempre estuvo afiliada al RPM, consecuencialmente que se condene a Porvenir S.A a trasladar los aportes en pensiones como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos causados. Que se condene a Colpensiones E.I.C.E a validar los aportes y a incorporarlos en la historia laboral de la demandante. Finalmente solicita se condene en costas y agencias en derecho.

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

- ✓ Que nació el 27 de marzo de 1965.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS, y posteriormente se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- ✓ Que los asesores comerciales de la AFP accionada, no le brindaron la información acerca de los efectos y consecuencias del traslado de régimen, pues le indicaron que se pensionaría mejor en el RAIS.
- ✓ Que no le hicieron comparativos entre ambos regímenes, tampoco un estudio previo de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de la decisión.
- ✓ Que estando al servicio del Banco Comercial Antioqueño, se trasladó a la AFP Horizonte S.A, momento en el cual no le brindaron asesoría, no estuvo en presencia de un asesor comercial del fondo privado.
- ✓ Que la cuantía de la pensión de vejez sería superior en el RPM, con relación a la que le correspondería en el RAIS.
- ✓ Que solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado a dicho régimen pensional, entidad que mediante comunicado fechado a 27 de febrero de 2018, negó la solicitud.

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, la afiliación inicial al ISS, el traslado de régimen pensional, la movilidad efectuada y las solicitudes incoadas ante las entidades demandadas, frente a los demás adujo no constarle, pues a su juicio, se trata de actuaciones de un tercero que son ajenas al conocimiento de la entidad.

Por su parte Porvenir S.A, consideró como ciertos los hechos relativos al traslado de régimen y posterior movilidad en el RAIS, la solicitud incoada ante esta entidad, la densidad de semanas que

acredita la demandante y la simulación pensional realizada, frente a los demás hechos indicó que al momento de la afiliación, el asesor de la AFP suministró información oportuna, clara, suficiente, concreta y veraz, respecto de las características del RAIS, y sus diferencias con el RPM, y que la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, se convalida con el tiempo de permanencia en dicho régimen.

Colfondos S.A, aceptó el hecho relativo a la fecha de nacimiento de la demandante, frente a los demás indicó no constarle, debido a que hacen referencia a hechos entre terceros que escapan de su conocimiento.

Finalmente, mediante auto fechado a 10 de noviembre de 2021, el a quo dio por no contestada la demanda por parte de Protección S.A.

DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia del traslado de la parte demandante, efectuado del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A, y las afiliaciones posteriores a Protección S.A y Colfondos S.A. Consecuencialmente declaró el regreso automático de la demandante a Colpensiones, entendiéndose que estuvo afiliada al RPM de forma permanente y sin solución de continuidad.

Seguidamente condenó a Porvenir S.A, a devolver las sumas que recibió con ocasión del traslado de la demandante a Colpensiones, a su satisfacción y equivalencia, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, momento en el cual retornará, cotizaciones de aportes completos y rendimientos financieros, las cuotas o gastos de administración, pagos de seguro o primas de reaseguro y pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deben retornarse debidamente indexados desde su causación, hasta el pago a Colpensiones, y con cargo al propio patrimonio de Porvenir S.A, devolución que debe ser detallada en ciclos, valores, incluyendo información documental importante y relevante para Colpensiones.

Condenó a Protección S.A y a Colfondos S.A a retornar a Colpensiones a su satisfacción y equivalencia, dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia, las sumas recibidas durante todo el transcurso de la afiliación de la demandante, tales como gastos de administración, pagos de seguro o primas de reaseguro y pagos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde su causación, hasta la fecha de pago y con cargo al patrimonio propio de cada AFP, devolución que debe ser detallada en ciclos, valores, incluyendo información documental importante y relevante para Colpensiones.

Ordenó a Colpensiones, a recibir los valores provenientes del RAIS y a dar continuidad a la afiliación de la demandante en el RPM, entidad que deberá brindar todas las garantías de la afiliación, y ajustar el histórico laboral sin solución de continuidad.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A, fijando como agencias en derecho la suma de absolvió de \$2.500.000. Absolvió de dicha condena a las demás entidades demandadas.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

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

2.2. RECURSO DE APELACIÓN.

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

Consideró que no es dable la declaratoria de ineficacia, por cuanto el acto de afiliación cumplió con los requisitos de fondo y de forma, aunado a que la falta de información vital para efectuar el traslado, no fue probada en el proceso, resaltó que la demandante está imposibilitada para trasladarse de régimen, conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues a la fecha de presentación de la demanda, le faltaban menos de diez años para cumplir la edad pensional. Resaltó que del debate probatorio se pudo concluir que la AFP cumplió con su deber de información y que la afiliada se trasladó voluntariamente al RAIS. Adujo que debe tenerse presente que la demandante presentó varios traslados en el RAIS, lo que convalida y ratifica su voluntad de permanecer en dicho régimen. Consideró que el inconformismo de la demandante radica en la cuantía de su mesa pensional, y que dicho argumento no prueba que se haya incumplido los deberes de la AFP al momento del traslado.

Finalmente, al tenor de la sentencia T 122 de 2017, no puede considerarse a todos los afiliados como parte débil e indefensa, pues la ley creo distintos deberes en cabeza de aquellos, con el fin de que bajo el interés propio se asesoren de la mejor manera, adicional a ello, no puede desconocerse

las situaciones que le permitían a la demandante, obtener la información mínima en el transcurso del tiempo.

2.2.2 PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, en consideración a que en ningún momento se atentó contra la libre escogencia de régimen pensional, y la ineficacia del traslado, se da cuando se haya afectado ese concepto, sin embargo, la demandante realizó traslados horizontales en más de 5 ocasiones, y permaneció en el sistema por más de 28 años, si la AFP hubiese afectado la libertad de escogencia, la actora no hubiese adelantado los traslados horizontales, bajo estas circunstancias, se observa que hubo una administración correcta de los aportes, que generaron los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual, sin que tampoco se hubiese causado inconformidad, pues la motivación de la actora radica en su aspiración pensional, hecho que no puede tenerse en cuenta para declarar la ineficacia del traslado, dado que la aspiración pensional, nada tiene que ver con la afectación a la libre escogencia de régimen. De otro lado resaltó que no se utilizaron los medios de comunicación disponibles, a pesar de ser una obligación del consumidor financiero al tenor del Decreto 2555 de 2010, y en esta medida, la demandante no cumplió con sus obligaciones, teniendo en cuenta que suscribía formatos, pero en ningún momento se acercó a verificar la información.

Argumentó que los únicos valores a retornar, son los indicados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por lo que no existe razón legal para generar una devolución de conceptos diferentes, en este sentido, en caso de confirmar la ineficacia del traslado, solicitó que se revoque la condena consistente en determinar los valores a devolver y las sumas a indexar, pues los valores se encuentran actualizados en la cuenta de ahorro individual, además de que se generó la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y de la administración de los aportes de forma positiva, demostrando con esto que la AFP cumplió con sus obligaciones, por lo que no es dable el concepto de devolución, aunado a ello, debe tenerse en cuenta que se trata de obligaciones de tracto sucesivo, que no financian la mesada pensional de la demandante, y que se hubiesen cobrado de igual forma en el RPM, por lo que su traslado genera un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, entidad que por más de 28 años, no ha administrado los aportes de la demandante.

Respecto de la indexación, consideró que al no encontrarse afectadas las sumas de dinero, se estaría generando una doble sanción en contra de la AFP, resaltando que los rendimientos superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo presentar, lo anterior al tenor de la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial (sic), en sentencia 02-2021-111, demandante Felisa León,

en la cual se determina que la actualización de las sumas, resulta una doble sanción en contra de la AFP, aun cuando los rendimientos superan cualquier devaluación monetaria.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

En primer lugar, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, dado que se presenta una imposibilidad de traslado, misma que fue dispuesta por el legislador en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Indicó que el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental, ni con el interrogatorio de parte, por lo que la ineficacia de traslado carece de viabilidad, y la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años al momento de su traslado al RAIS, no puede ser tomado como cierto, ya que, han pasado muchos años y se desconoce qué fue lo que realmente aconteció.

De otro lado, en caso de confirmar la sentencia, solicitó se ordene a la AFP Porvenir S.A a retornar a satisfacción y equivalencia de Colpensiones, todas las sumas de dinero que con ocasión del traslado del demandante recibió y que actualmente integra la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros, cuotas de administración, los gastos de seguros y reaseguros y los pagos destinados a la conformación de la pensión de garantía mínima, estos tres últimos deben retornarse de manera indexada, desde el momento en que se causaron hasta el momento del pago a Colpensiones, conceptos que deben ser discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes, y demás información relevante que lo justifique. Lo anterior dentro de un término judicial de treinta (30) días hábiles, esto es, en caso de existir diferencias al momento en que Colpensiones valide la historia laboral del demandante sean las AFP codemandada quien asuma los montos faltantes de su propio patrimonio, lo anterior de conformidad con lo dicho por la honorable Corte Constitucional, en sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 DE 2013.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Solicitó se revoque de forma integral la sentencia de primera instancia, en razón a que, no se alegó, y menos probó los eventos previstos en los artículos 1508 y 1741 del Código Civil y 271 de la Ley 100 de 1993, por el contrario manifestó que se brindó una información oportuna y completa acreditando el cumplimiento del deber de información, que siempre se garantizaron los derechos de retracto y libre escogencia y que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es

un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso

De otro lado indicó que en atención al principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de Porvenir S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es COLPENSIONES”, los rendimientos financieros resultado de la gestión que adelantó en la administración de los aportes en el RAIS, y en este sentido, tampoco se debe ordenar la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido en las contingencias que ellas amparan, pues imponer esta obligación, es tanto como exigirle a cualquier compañía de seguros que, si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza pagada, en caso contrario solicitó que se autorice a la AFP accionada a descontar de tales conceptos, las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los rendimientos financieros.

Finalmente, frente a la indexación de las condenas, conforme a la sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010 de la Corte Constitucional, y SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, de la C.S.J, consideró a este concepto como incompatible y excluyente, por cuanto los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPM, por lo que ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es imponer una doble sanción, pues sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión adelantada a partir del acto jurídico informado de traslado, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

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, PROTECCIÓN 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 determinantemente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

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

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

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA 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 perjudicarlo
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 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 29 de septiembre de 1994, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A (fl 199 del archivo 01 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 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 CLAUDIA MARTINA TABORDA FRANCO en el aludido interrogatorio expuso que su grado de escolaridad es profesional en administración de empresas, con especialización en gerencia de marketing y gobierno público, adujo que labora en el Banco

Agrario, como Gerente de Zona. Respecto al traslado a Porvenir S.A, indicó que laboraba en la entidad financiera Las Villas, y que al momento de su ingreso a dicha entidad, el área de Talento Humano le entregó los formatos de vinculación a la empresa, aclaró que Gestión Humana era quien daba la asesoría, y que, con ocasión de la vinculación laboral, se firmó el formulario de afiliación, destacó que le dijeron que el fondo del gobierno se iba a acabar y que por esa razón debían afiliarse al fondo privado. Resaltó que la razón por la cual se afilió al fondo privado fue el cambio de empleo, pues cuando se realizaba la vinculación, el área de Talento Humana le recomendaba que documentos debía suscribir.

Indicó que la motivación para iniciar el proceso judicial es garantizar su calidad de vida, pues con la pensión que ofrece el fondo privado, no le es posible mantenerla de conformidad con los ingresos que ha percibido en su vida laboral.

Resaltó que no le hablaron conceptos como rendimientos, requisitos para pensionarse con el fondo privado, aportes voluntarios, y cuenta de ahorro individual.

Respecto a la movilidad, indicó que se dio con ocasión a los cambios de empleador, en donde el área de Gestión Humana entregaba el formato para ingresar a la entidad financiera respectiva. Resaltó que cuando llegaba a una empresa nueva, le entregaban el paquete de documentos para su firma.

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 TABORDA FRANCO, quien en 1994 se vinculó a Porvenir S.A, comenzando su ampliá trasegar por Horizonte, ING, y Colfondos S.A conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 6 archivo 08, expediente digital), siendo Porvenir S.A. el fondo donde actualmente permanece (fl. 205 y 207 archivo 01 expediente digital) conforme a la fusión entre AFP. 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, dígase 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.

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 y Protección S.A.

Empero, se advierte procedente **REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales, segundo, tercero y cuarto de la Sentencia apelada, respecto a la orden dada a las AFP accionadas de trasladar, y a COLPENSIONES de recibir, los aportes provenientes del RAIS, a “*satisfacción y equivalencia*” de esta última entidad, en tanto que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital que debe recibir COLPENSIONES con destino al Fondo Común que se constituye para financiar las pensiones del régimen de prima media; teniendo en cuenta que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, con la orden impuesta a PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. de trasladar igualmente, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, y que se deben integrar al Fondo común que administra COLPENSIONES para garantía de las pensiones del régimen de prima media, se está garantizando que el fondo pensional público reciba todos los valores que debió percibir en el evento en que el accionante hubiere permanecido afiliado a esa entidad. Aunado a que, tampoco quedó establecido el detrimento o desmedro de los aportes que se acumularon en el RAIS.

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 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 **CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), 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, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, todas las administradoras del RAIS accionadas, deberán

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.*

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 **CONFIRMARÁ** el fallo proferido por el a quo.

Bajo este contexto, de acuerdo a los razonamientos que preceden, NO es dable acoger la postura esgrimida por Colpensiones E.I.C.E en su recurso de apelación, pues aunque ciertamente el demandante sobrepasa los 47 años para efectos de solicitar su retorno a prima media, lo que aquí se examina es un asunto totalmente disímil, en donde ante la no acreditación del cumplimiento del deber de información, se declara ineficaz el traslado, y como nunca existió se acude a una especie de ficción legal entendiéndose que la persona permaneció en el régimen anterior sin solución de continuidad, en los términos del literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de ese mismo estatuto.

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, **modificándola** en los aspectos antes aludidos.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E, 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, la cual corresponderá en un 50% para cada entidad.

5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

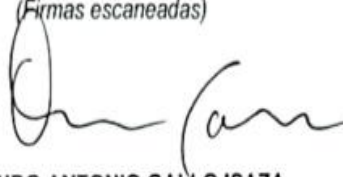
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **CLAUDIA MARTINA TABORDA FRANCO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.432.282, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E., PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: REVOCA PARCIALMENTE los numerales segundo, tercero y cuarto de la providencia, respecto a la orden dada a las AFP accionadas de trasladar, y a COLPENSIONES E.I.C.E. de recibir, los aportes provenientes del RAIS, a "satisfacción y equivalencia" de esta última entidad, conforme a las consideraciones que anteceden.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a favor de la demandante, valor que corresponderá en un 50% para cada entidad.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	CLAUDIA MARTINA TABORDA FRANCO.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y otros.
Radicado No.:	05001-31-05-004-2018-00666-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	30/06/2023.

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 04/07/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario