



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, treinta de junio de dos mil veintitrés.

23-058

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **JOHN JAIRO CORDOBA UBALDO.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, Y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-005-2022-00397-01.
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 PORVENIR S.A, contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería jurídica a las doctoras:

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

SANDRA MILENA NARANJO SALAZAR identificada con C.C. No. 39.175.420 de Medellín y portadora de la T.P. No. 225.677 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES E.I.C.E, conforme sustitución de poder realizada por el apoderado principal FABIO ANDRES VALLEJO CHANCI, identificado con c.c. 71.379.806 y TP. 198.214 del C.S. de la J, y, representante legal de la firma PALACIO CONSULTORES 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 acompañó, en su calidad de apoderado y

de conformidad con la Escritura Publica No. 716 del 15 de julio de 2020, 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 el demandante, la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado al RAIS, considerando que siempre ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad. Consecuencialmente se ordene a la AFP accionada a la devolver a Colpensiones E.I.C.E, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de los aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos, gastos de administración, seguros, y reaseguros generados durante el tiempo de su administración. Que se ordene a Colpensiones E.I.C.E reactivar la afiliación, recibir las sumas devueltas y actualizar la historia laboral del demandante. Finalmente solicitó se condene a la AFP a reconocer y pagar los perjuicios morales causados, estimados en 200 SMLMV.

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

- ✓ Que nació el 17 de diciembre de 1963, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS, desde el año 1982, hasta el año 2000, fecha en la cual se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- ✓ Que su afiliación se dio con ocasión a una falta de información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, que permitiera tomar la decisión de traslado.
- ✓ Que los asesores del fondo privado, nunca le explicaron las características de los regímenes pensionales, no le hicieron un comparativo entre los mismos, no le indicaron los riesgos del traslado, y las características de causación y liquidación de la pensión de vejez.
- ✓ Que la cuantía de la pensión de vejez en el RPM, es superior a la que le correspondería en el RAIS.
- ✓ Que el 02 de marzo de 2022, solicitó a Colpensiones E.I.C.E la declaración de la ineficacia de la afiliación, sin que haya obtenido respuesta.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colpensiones E.I.C.E, estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, el traslado al RAIS, y la solicitud de ineficacia incoada. Frente a los demás adujo no constarle por cuanto se tratan de supuestos facticos ajenos al conocimiento de la entidad.

Por su parte Porvenir S.A, consideró como ciertos los hechos relativos a las solicitudes de información e ineficacia incoadas. Frente a los demás manifestó que, la AFP al momento del traslado brindó una 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, de igual forma adujo que, al demandante se le manifestó que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y que a su vez, se le indicaron las características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, 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. Finalmente, resaltó 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, y que 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.

DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 02 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A, considerando que el demandante ha estado afiliado al RPM sin solución de continuidad. Seguidamente condenó a Porvenir S.A a que: *“dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- el 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, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de*

administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.”

En cuanto a Colpensiones E.I.C.E, la condenó a recibir los aportes, rendimientos y demás conceptos devueltos por Porvenir S.A, y a tener en cuenta el tiempo cotizado al RAIS, para que se vea reflejado en la historia laboral del demandante.

Finalmente absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas, y condenó en costas a Porvenir S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$580.000 equivalentes a 1/2 SMLMV, a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley 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.

Interpuso recurso de apelación, en contra de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, argumentando que la AFP accionada cumplió a cabalidad con todas las obligaciones que el concernían, atendiendo los parámetros legales vigentes para la época en que el demandante se trasladó de régimen pensional, en el año 2000, resaltó que si bien el deber de información se ha mantenido en cabeza de las AFP desde su creación, no es menos cierto que el mismo tiene unas etapas, y para el año 2000, solamente se exigía indicar las características, condiciones y posibles incidencias del régimen de transición, en el traslado que hicieran los posibles afiliados, situación que no ocurre dentro del caso del demandante, de esta forma, se estaría imponiendo el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación, y que acontecieron con mucha posterioridad, primero por desarrollo jurisprudencial por la C.S.J, y posteriormente por normas legales y reglamentarias que no tienen naturaleza retroactiva, resaltó que el deber de información no debe entenderse de manera unilateral,

pues el demandante también estaba en la obligación de informarse, y más cuando es una persona que posee plena capacidad en los términos del artículo 1502 del Código Civil, y que por disposición legal, la libertad de elección del régimen pensional esta en cabeza del afiliado.

De otro lado, respecto a la orden de retornar todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo comisiones, gastos de administración, primas de seguros, a cargo del propio patrimonio de la AFP y de forma indexada, indicó que, si se entiende que se declaró la ineficacia de la afiliación, equivaldría a decir a que el demandante nunca se afilió a Porvenir, y que dicha AFP no administró los aportes pensionales, por lo tanto no surgieron a la vida jurídica los rendimientos que se está obligando a devolver, y adicionalmente, resaltó que los gastos de administración tienen una destinación legal a favor de las AFP, en esa medida, Porvenir S.A actuó en estricto cumplimiento de mandatos legales que estaba obligada a acatar, y en razón a esto, descontar el porcentaje del aporte, destacó que invirtió el descuento en la forma en que establece la Ley, para que así se generen los rendimientos, razón por la cual, si no se declaran las restituciones mutuas, se estaría incurriendo en un doble cobro a la AFP, pues se estaría obligando a retornar los rendimientos, que son consecuencia o producto de la correcta y debida administración de los aportes del afiliado, y también se está ordenando retornarlos de forma indexada conforme al porcentaje que se utilizó para administrar esos recursos, lo que por mandato legal le pertenece a la AFP, y por ende se causaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, entidad que desde el año 2000, hasta la fecha, no ha realizado ninguna gestión de administración de los aportes pensionales del demandante, y adicional a ello, los gastos de administración también surgen para esta administradora, razón por la cual la devolución de estos rubros de forma indexada es improcedente.

De otro lado indicó que los gastos de administración no hacían parte de la cotización para financiar las prestaciones económicas a las que tuvieran derecho los afiliados, pues como se indicó, tenían una destinación legal, que se dirige única y exclusivamente a retribuir el servicio que prestan las AFP.

Frente a las sumas de seguro previsional, argumentó que dichas sumas también fueron descontadas del aporte en estricto cumplimiento de mandatos legales, y resaltó que el demandante se benefició del seguro que se adquirió de buena fe con un tercero, y que se usó para garantizar las contingencias de invalidez y sobrevivencia, por lo que esos rubros ya no están en las arcas de la AFP. Resaltó que no se puede retrotraer una póliza de seguro que ya cumplió con su cometido. En base a lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se absuelva a la AFP de todas las condenas impuestas.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.3.1 PRESENTADOS POR POVENIR S.A.

Consideró que, no existen razones fácticas para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la decisión del demandante se dio de forma espontánea y sin presiones, pues, se cumplió con el deber de información vigente para la época, establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Adicional a lo anterior, resaltó que el demandante contó con varias oportunidades para trasladarse al RPM, y por el contrario permaneció en el RAIS, de lo cual concluyó que aquel siempre mantuvo su interés de mantenerse vinculado a Porvenir S.A.

Resaltó que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte actora, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, en el mismo sentido, indicó que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva.

Frente a la devolución de los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, solicitó no se confirme que el traslado de las comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, y lo descontado para el FGPM, deba hacerse de manera indexada, por cuanto, debe tenerse en cuenta que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia, son los propios del concepto de las restituciones mutuas, por lo cual, no es posible que se condene a una indexación de los valores ordenados a trasladar, dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes y que se busca reponer con la indexación, se compensaría con el traslado de los rendimientos, los cuales, nunca debieron existir, por ello considera que se estaría imponiendo una condena doble en contra de la AFP accionada.

Ahora bien, frente a los gastos de administración, consideró que tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos o comisiones de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, por lo que es claro 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, lo anterior, en aras de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, y conforme al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020, Radicación 2019152169-003-000.

Finalmente, frente a las costas procesales, indicó que la misma no es procedente dado que, la AFP siempre obro con buena fe objetiva y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

2.3.2 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante, después de hacer un recuento jurisprudencial y normativo respecto del deber de información y de la ineficacia de la afiliación, consideró que la parte demandada no cumplió con su deber de información, lo cual incidió directamente en el derecho pensional fundamental del accionante, en el aseguramiento del mínimo vital y una vida digna, por lo cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

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

En primer lugar, solicitó que se analice nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta 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, y estableció claramente que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir su pensión de vejez, supuesto jurídico sobre el cual versa el caso en concreto, toda vez que, la parte demandante solicitó el traslado posterior al cumplimiento de la edad límite establecida, por un descuido imputable al mismo.

Indicó que el engaño invocado no se encuentra válidamente acreditado, ni con el soporte probatorio documental, ni con los testimonios brindados, por lo que la ineficacia del traslado carece de viabilidad, pues la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tantos años, no puede ser tomado como cierto, pues se desconoce lo que realmente aconteció, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado y más aún, no se contó con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, por lo que tomar una decisión de dicha magnitud, resultaría incluso arbitrario, y contrario a principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso. Resaltó que el desconocimiento de la ley en Colombia no excluye de responsabilidad, y que en el presente caso no se logró probar que hubiese un engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado, por el contrario, existe un gran vacío al respecto.

De forma subsidiaria, en caso de confirmarse la sentencia, solicitó que se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón

a la afiliación que se está declarando ineficaz, lo anterior, a raíz de que si el afiliado no va a permanecer en el fondo privado, es claro que este no tiene que quedarse con ningún monto, máxime teniendo presente que el traslado efectuado se declaró ineficaz, por lo que los efectos surtidos deben quedar sin valor alguno.

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:

Etapa acumulativa	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 la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 11 de mayo del 2000, cuando suscribió el formulario de vinculación a Porvenir S.A (fl 130 del archivo 11 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 el actor 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 ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente el señor JOHN JAIRO CORDOBA UBALDO en el aludido interrogatorio expuso que contaba con estudios de Licenciado en Educación Física, Especialista en Derecho Deportivo y, Magister en Educación y Derechos Humanos, indicó que labora como docente en la Escuela Superior de Administración Pública. Respecto al traslado a Porvenir S.A, adujo que en el colegio donde se encontraba laborando, el asesor comercial del fondo privado le brindó una información muy vaga, y sin tanta profundidad, resaltó que la afiliación se dio bajo presión por parte del asesor comercial, con ocasión al argumento de que el estado no iba a poder responder con sus obligaciones pensionales, y que el fondo privado era la mejor opción que podía tener en ese momento. Resaltó que el asesor comercial no profundizó sobre las conveniencias de estar en el fondo privado y manifestó que su inconformidad con la afiliación al RAIS es la cuantía injusta de la mesada pensional.

Finalmente, indicó que no le hablaron sobre rendimientos financieros, y sobre el capital para financiar la pensión de vejez.

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 la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Bajo este contexto, de acuerdo a los razonamientos que preceden, tampoco es dable acoger la postura de Colpensiones E.I.C.E en los alegatos de conclusión presentados en esta instancia, pues aunque ciertamente el demandante sobrepasa los 52 años de edad, para efectos de solicitar su retorno al RPM, 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.

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 hubieren 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 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 **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 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: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – 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 se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por el 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 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 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 02 de marzo de 2023 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JOHN JAIRO CORDOBA UBALDO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.645.586, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR 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: ADICIONAR el numeral tercero 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:	JOHN JAIRO CORDOBA UBALDO.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E, Y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-005-2022-00397-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA 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.