



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cuatro de agosto de dos mil veintitrés.

23-051

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **DIANA MARCELA GOMEZ ROJAS.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-024-2021-00309-01.
Tema: ineficacia traslado.
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA.**

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

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

El Magistrado de conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 026** 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 de la afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. considerando que ha estado afiliada al RPM administrado por Colpensiones. Que se condene a Porvenir S.A. a trasladar el valor de los aportes recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual. Que se declare nulo cualquier reconocimiento prestacional que haya realizado o que llegue a realizar Provenir S.A. Que se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibir a la accionante en calidad de afiliada al RPM. Que se condene a Porvenir S.A. realizar el compute de las semanas cotizadas, incluyendo las acreditadas en el RPM y en el RAIS. Finalmente solicitó se condene a las accionadas a pagar las costas del proceso.

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

- ✓ Que, nació el 18 de diciembre de 1973 por lo que al momento de presentación de la demanda contaba con 48 años de edad.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS, desde el mes de octubre de 1994.
- ✓ Que, en el mes de febrero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- ✓ Que al momento del traslado al RAIS, Porvenir S.A. no informó a la accionante de forma clara y por escrito el derecho de retracto, y las consecuencias del traslado.
- ✓ Que el RAIS, le resulta mucho más desfavorable a nivel económico que el RPM.
- ✓ Que, la oferta comercial y pensional fue materializada mediante engaño e inducción en error de conocimiento.
- ✓ Que el 28 de julio de 2021, solicitó el traslado de régimen pensional ante Colpensiones, entidad que resolvió de forma negativa la solicitud aduciendo que la accionante ejerció su derecho a la libre elección de régimen.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A no aceptó ningún hecho plasmado en el libelo demandatorio, y en su lugar manifestó que brindó a la demandante asesoría respecto a los regímenes pensionales, a sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas, considerando que la información brindada fue necesaria y suficiente para que la accionante tome una decisión informada. Resaltó que se le dio la oportunidad para que en cada momento oportuno, tome la decisión que más convenga a su futuro pensional, inclusive, que el día 29 de noviembre de 2019, se le envió a la actora comunicado con radicado 4208014056691400, en el cual se le invitaba a tomar una asesoría personalizada para evaluar las condiciones particulares de su caso, por cuanto se encontraba próxima a entrar en la edad de prohibición para el traslado de

Régimen. De otro lado, destacó 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, resaltando que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso 4 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.

Colpensiones E.I.C.E, consideró como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la afiliación inicial al ISS, y las solicitudes de traslado incoadas. Frente a los demás hechos adujo no constarle, por cuanto son hechos ajenos al conocimiento de la entidad, y por lo tanto deben probarse al tenor del artículo 167 del C.G.P.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de febrero de 2023, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín decidió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora DIANA MARCELA GÓMEZ ROJAS identificada con CC N° 43.816.240 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1996 a PORVENIR S.A. por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos. debidamente indexados a la fecha de pago. Al momento de cumplir la 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 y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante, la suma de 2 SMLMV.

QUINTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la ley 1149 de 2007.

Lo resuelto se notifica en estrados, y se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que manifiesten si tienen recursos.”

Dentro del término concedido por la ley, PORVENIR S.A. interpuso y sustentó recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS.

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR.

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

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

Solicitó que se revoque la providencia de primera instancia, considerando que el traslado de régimen pensional efectuado por la accionante se realizó de forma libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma pre impresa se encontraba autorizada por la ley, siendo este documento la prueba de la libertad de afiliación. Resaltó que no comparte la valoración probatoria de la a quo, pues no se tuvo en cuenta que, en el momento del traslado de régimen pensional, también le asistía un deber de diligencia y cuidado a la accionante, aunado a que en el interrogatorio de parte se denota un actuar omisivo por parte de su empleador, y una asunción por parte de aquella, de esa imposición impuesta al momento de entregarle el formulario de afiliación. Destacó que, para el momento del traslado la demandante tenía a su disposición canales de comunicación para obtener la información que hubiere considerado relevante, aunado a que Porvenir al momento de asumir los afiliados de la AFP Colpatria, entregó a todos los afiliados los extractos de la cuenta de ahorro individual, a través de los cuales los mantuvo informados de sus condiciones pensionales. Conforme a lo anterior, resaltó que no se hizo alusión al Decreto 2241 de 2010, bajo el entendido de que a la demandante también le asisten una serie de obligaciones.

Resaltó que el deber de buen consejo y doble asesoría no era oponible a Colpatria, máxime cuando Porvenir es quien recibe a la demandante en virtud de una cesión por fusión, por lo que de los archivos

documentales que reposan en la base de Porvenir, solamente se encuentra el formulario de afiliación con el cual se acreditaba la garantía del literal b del artículo 13 de la Ley 1000 de 1993, esto es, no haber coartado la afiliación de la accionante, también en virtud del artículo 112 ibídem, Colpatria no podía rechazar la voluntad de afiliación de la demandante, pues tenía el deber de recibirla.

Destacó que también debe estudiarse las restituciones mutuas que puedan existir, pues Porvenir actúa como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto, creyendo administrar sus propios aportes, termina administrando los negocios y manejo de otro, y declarada la ineficacia, este acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que se hubiese podido obtener en el RPM, por lo que se da lugar a una agencia oficiosa involuntaria que consiste en un reembolso de esa utilidad obtenida, por lo que Porvenir solamente debe estar obligado a entregar a Colpensiones los rendimientos que se hubieren causado en el RPM, teoría que tiene plena aplicabilidad, por cuanto Porvenir obro bajo la convicción de que la demandante se encontraba debidamente vinculada, aunado a que tenía el deber legal de recibirla.

En cuanto a los gastos de administración y seguros previsionales, manifestó que el descuento se realizó en virtud de un mandato legal tipificado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y que la directriz fue cumplida al haberse invertido esos descuentos en los seguros previsionales que ampararon la prestación pensional de la accionante; aunado a que los gastos de administración se invirtieron en la generación de los rendimientos que hoy goza la misma.

En cuanto a la indexación, adujo que esta figura desborda los efectos de la ineficacia, pues al condenarse a trasladar los rendimientos financieros, estos superan con creces cualquier actualización del poder adquisitivo de la moneda, y también le permiten a Colpensiones asumir eventuales contingencias al momento de reconocimientos pensionales.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

Solicitó que, en caso de confirmarse el fallo de primera instancia, se ordene la devolución de la totalidad del aporte realizado por la parte demandante, incluidos lo destinado al pago de administración de la cuenta, el pago de primas de seguros previsionales para invalidez y muerte, y el pago para financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, lo anterior conforme a las sentencias de la C.S.J. SL 1.688 de 2019, SL 2877 de 2020, y SL 17-595 de 2017.

2.3.2 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Consideró que, no existen razones fácticas para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la decisión de la 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 la accionante 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 vinculada 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 de la 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 de la afiliada, 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 obró con buena fe objetiva y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

2.3.3 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial respecto del deber de información, solicitó se confirme la providencia de primera instancia, considerando que la AFP no demostró que en el traslado al régimen pensional se haya presentado información completa, clara, transparente, y comprensible.

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 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.

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

4 CONSIDERACIONES.

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el

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

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

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

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

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

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

caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.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 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 3 de abril de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a Colpatria hoy Porvenir S.A. (fl 38 del archivo 08 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 del RAIS, y las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora DIANA MARCELA GOMEZ ROJAS en el aludido interrogatorio expuso que su nivel académico es profesional en contaduría pública, y que labora como profesional administrativa en la Cámara de Comercio de Medellín. Respecto al traslado a Colpatria hoy Porvenir S.A., indicó que no tuvo la oportunidad de optar por dicho fondo, sino que, al ingresar a una empresa la afiliaron a la AFP, resaltó que al momento de la afiliación no estuvo acompañada por un asesor comercial y que la persona de Gestión Humana de la empresa fue quien diligencio el formulario de afiliación. Destacó que solo hace 8 años tuvo conocimiento que estaba afiliada a Porvenir y que antes de cumplir 47 años de edad el fondo privado nunca se comunicó con ella; finalmente resaltó que al momento del traslado no le explicaron conceptos como los requisitos para pensionarse en la AFP, y lo relacionado con el bono pensional.

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.

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 la a quo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y es que, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES E.I.C.E. reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que 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., respecto del tiempo de permanencia en dicha AFP, 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, Porvenir S.A., deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones E.I.C.E, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido por la a quo.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema.

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

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**

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.*

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **DIANA MARCELA GÓMEZ ROJAS** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.816.240, en contra de **COLPENSIONES E.I.C.E, y PORVENIR S.A.**

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

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


MARIA NANCY GARCIA GARCIA


MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	DIANA MARCELA GOMEZ ROJAS.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-024-2021-00309-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	CONFIRMA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	04/08/2023.

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

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario