



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cuatro de agosto de dos mil veintitrés.

23-038

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **CLAUDIA PATRICIA LOPEZ GONZALEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05_010-2021-00251-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA SENTENCIA.**

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

El Magistrado de conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 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 **NULIDAD y/o INEFICACIA** del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., considerando válida y sin solución de continuidad la afiliación al RPM. Que se ordene a Porvenir S.A. trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho. Finalmente solicitó la indexación de las condenas.

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

- ✓ Que nació el 7 de septiembre de 1967.

- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS desde el 24 de septiembre de 1986, hasta el 13 de junio de 1997, fecha en la cual se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A.
- ✓ Que el asesor de Protección S.A. le indicó que con su afiliación obtendrá mejores beneficios en comparación con el RPM, que se pensionaría antes de la edad y con un monto mayor.
- ✓ Que Protección S.A. no le suministró una información adecuada, suficiente y cierta, ni cumplió con el deber del buen consejo que le asiste, pues omitió mencionarle las características del régimen, así como las ventajas y desventajas de su traslado.
- ✓ Que no le brindaron asesoría antes de cumplir 47 años de edad.
- ✓ Que solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado de régimen pensional, entidad que no fue respondida hasta la fecha de presentación de la demanda.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y no aceptó ningún hecho plasmado en el libelo demandatorio; en su lugar manifestó que, aunque no se le endilga ninguna conducta, el traslado de la parte actora a dicha AFP, se dio luego de brindarle información clara, concreta, detallada, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, mencionando las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de afiliación que se realizó el 26 de abril de 2000, se trató de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales.

Por su parte Protección S.A. se opuso a la totalidad de pretensiones y en cuanto a los hechos, aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a Davivir hoy Protección S.A. y el derecho de petición incoado ante esa entidad; frente a los demás indicó que la demandante eligió afiliarse a Protección S.A. después de recibir una información integral y honesta sobre las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen, tomando la decisión libremente, sin presión ni fuerza.

Colpensiones E.I.C.E, se opuso a la totalidad de pretensiones y estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación al RPM, el derecho de petición incoado ante Protección S.A. y la solicitud de traslado dirigida a Colpensiones; frente a los demás hechos, adujo no constarle al tratarse de supuestos que son exógenos al conocimiento de Colpensiones E.I.C.E.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 13 de enero de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín decidió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de los cambios del sistema pensional que realizaron MAURICIO JARAMILLO RESTREPO, CLAUDIA PATRICIA LOPEZ GONZALEZ y GUILLERMO LEÓN CATAÑO MARIN al trasladarse del RPM al RAIS y de contera declarar la ineficacia de todas las afiliaciones surtidas dentro del RAIS de los dos primeros demandantes y en consecuencia declarar que aquellos han permanecido afiliados sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en las cuentas de ahorro individual de los demandante referidos con sus correspondientes frutos e intereses y rendimientos financieros, los bonos pensionales si se hubieren redimido, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, estos últimos debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM (la indexación solo cubre el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros). 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. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que con cargo a sus propios recursos traslade a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, los descuentos que efectuó a las cotizaciones de MAURICIO JARAMILLO RESTREPO y CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ GONZALEZ mientras ellos estuvieron afiliados a dicho fondo, específicamente los relacionados con el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora mientras los accionantes fueron sus afiliados, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo ante Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en las historias laborales de los demandantes, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse en el sistema de protección social.

CUARTO: ABSOLVER en proceso 2020-00185 a PROTECCIÓN S.A. de la pretensión encaminada al resarcimiento o pago de la indemnización de perjuicios.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y en favor de los demandantes, se fijan las agencias en derecho en esta instancia para los procesos 2020-00185 y 2021-00251 la suma de \$1.160.00 a cargo PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A. asumiendo cada una ese valor, y para el proceso 2020-0398 en la suma de \$1.160.000 a cargo de PORVENIR S.A.”

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E., 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. RECURSOS DE APELACIÓN.

2.2.1 PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

Solicitó que se revoque de forma parcial la providencia proferida por el a quo, en lo que respecta a los valores a retornar, considerando que la AFP ha generado la debida administración de los aportes de la demandante, generando la obtención de rendimientos que han favorecido la cuenta de ahorro individual, por lo cual, no existe suma alguna a indexar dado que los valores se encuentran actualizados, aunado a que la demandante no ha tenido ninguna pérdida en sus recursos, pues los rendimientos superan cualquier devaluación económica ya que corresponden a la suma de \$153.000.000.

Respecto a los gastos de administración, indicó que, son conceptos de tracto sucesivo que no se pueden predicar como imprescriptibles, dado que su naturaleza no es la de financiar la mesada pensional, y en el evento en que la demandante hubiese permanecido en el RPM, también se hubieren causado. Aunado a que son prueba de los rendimientos que se han causado de forma favorable por lo que solicitó se aplique la prescripción sobre dichas sumas.

Frente a los seguros previsionales, manifestó que, se dio la cobertura a las contingencias de invalidez y sobrevivencia, pagando a un tercero la prima correspondiente, por lo que dichas sumas ya no son parte de la cuenta de ahorro individual, y por ende, no es dable su retorno.

2.2.2 PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, considerando que el traslado efectuado goza de plena validez, por cuanto al momento de este, se aceptaron las condiciones pensionales del RAIS, siendo evidente una inconformidad de la accionante en la mesada pensional, la cual catalogó como

una falta de información por parte de la AFP, y que en todo caso le incumbe a la parte que afirma demostrar los hechos que sustentan su demanda, pues si bien es cierto, existe la institución de la carga dinámica de la prueba, esto no significa que la parte actora pueda tomar una actitud pasiva en el debate probatorio, pues se deben ver las particularidades de cada caso, y los requisitos generales de la Ley 1567 de 2012, de no hacerse, se alteraría la lógica del estatuto procesal para en su lugar, presumir de las cargas procesales razonables que se pueden imponer a las partes, y trasladar esta tarea únicamente al juez, conforme a la sentencia de la Corte Constitucional C 086 de 2016.

Resaltó que, existe un daño en el sistema financiero del RPM cuando se entiende que la entidad aceptó el traslado de la demandante, atendiendo al derecho de la libre escogencia de régimen, considerando que la afiliación fue libre y voluntaria, sin tener que ver en la decisión de traslado, y ahora después de muchos años en el RAIS, pretende por móviles económicos regresar al RPM, situación que no es óbice para declarar la ineficacia de una afiliación válida.

De otro lado, indicó que no es posible autorizar el traslado según el literal e, del artículo 13, de la Ley 100 de 1003, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que la demandante incurre en la causal de prohibición que expone la norma; aunado a que tampoco cumple con el requisito de 15 años de servicios, conforme a la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 de 2010.

Finalmente, en caso de confirmar la providencia, solicitó que se ordene a la AFP el traslado de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual debidamente indexados y sin ningún tipo de descuento.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.3.1 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, garantizando el derecho de retracto, a la libre escogencia y el deber de información al demandante, adujo 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 parágrafo 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. Resaltó que, no es viable jurídicamente imponerle cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la afiliación, pues hacerlo, claramente constituye una violación al

debido proceso y a la confianza legítima, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Adujo que, al tenor del 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 condenársele a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros que logró gracias a la gestión en la administración de los aportes en el RAIS, en igual medida no debe ordenarse la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido por las contingencias que ellas amparan.

De forma subsidiaria, en caso de confirmar la sentencia, resaltó que *el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el RPM*, esto es, el monto de los *aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

En el evento en que se ordene el reintegro de la totalidad de los rendimientos, solicitó se autorice a Porvenir S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, teniendo en cuenta que la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos

Frente a la indexación de las sumas a retornar, consideró que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 00161 de 2010 y por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 9316 de 2016, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues 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 a Porvenir S.A. a indexar cualquier suma de dinero, significa imponer una doble sanción, por cuanto, los rendimientos financieros obtenidos, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

2.3.2 PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Indicó que, la decisión proferida por el a quo afecta el principio de Estabilidad Financiera del sistema por cuanto la afiliación ante la Protección S.A. , se hizo en correcta forma, tal y como lo indica el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modifico el literal e, del artículo 13, de la ley 100 de 1993; resaltó que Colpensiones en ningún momento realizó ninguna actuación omisiva ni contraria a

derecho, por lo tanto, no le compete realizar el solicitado traslado, así como tampoco le compete cumplir con las pretensiones deprecadas, lo anterior, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia C 1024 de 2004.

Manifestó que, a la parte actora no le asiste el derecho de hacer uso de la posibilidad de trasladarse al RPM y en consecuencia deberá acoger las condiciones pactadas con el RAIS para obtener el eventual derecho pensional, lo anterior, al tenor de los requisitos establecidos en los Decretos 3595 de 2008 y 692 de 1994, para que proceda el traslado de régimen pensional.

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. y PROTECCIÓN 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 13 de junio de 1997, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Davivir hoy Protección S.A (fl 47 del archivo 07 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración y por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las ventajas, y las desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora CLAUDIA PATRICIA LOPEZ GONZALEZ, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios es de postgrado, siendo Informadora en Educación Especial de profesión y especialista en Psicología Organizacional, indicó que labora como directora comercial de una compañía de seguros. Respecto al traslado a Davivir hoy Protección S.A., indicó que para la data trabajaba con Seguros Bolívar, oportunidad en la cual una asesora de la AFP realizó una reunión de carácter grupal, en la sala de conferencias, momento en el que dicha funcionaria explicó los beneficios y bondades del fondo privado; resaltó que aquella fue insistente en mencionar la amenaza existente en el evento de no realizar el traslado, indicando que el ISS se iba a terminar por falta de recursos, por lo que lo ideal era pasarse a un fondo privado en donde la rentabilidad iba a ser mucho mas alta, aunado a que tendría la opción de pensionarse de forma anticipada, argumentos que consideró suficientes para efectuar el traslado de régimen pensional.

Respecto a la movilidad efectuada a Porvenir S.A., manifestó que se dio mediante una asesoría grupal en la cual sostuvieron los beneficios de obtener una pensión anticipada y con una mesada atractiva (sic). Destacó que no tuvo un acompañamiento individual y que no le mencionaron los requisitos para pensionarse de forma anticipada.

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.

De otro lado, tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición, pero en virtud de la densidad. No obstante lo anterior, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, el asegurado busca obtener la consecuencia jurídica

que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto.

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 LOPEZ GONZALEZ, quien en 1997 se vinculó a Davivir hoy Protección S.A., y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 74, del archivo 06 del expediente digital), siendo Porvenir S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 2000. Lo anterior por cuanto, de un lado, importa 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 y las bondades de uno u otro fondo, lo que a voces del demandante, fue precisamente lo que sucedió.

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)

Así las cosas, 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, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a las administradoras del RAIS accionadas, 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 sentencia de primera instancia.

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 Protección S.A. y sus antecesoras fusionadas.

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, 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. y Protección S.A., teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir S.A. y Protección S.A. 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, únicamente en lo que respecta a la orden de devolución de aportes dirigida a Protección S.A.

En cuanto a la inconformidad del recurrente atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN, habrá de señalarse que ya la Corte se ocupó del tema cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no sería dable acoger los razonamientos Porvenir S.A. en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivados de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

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.*

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 de la demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia algunos de los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **CLAUDIA PATRICIA LOPEZ GONZALEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 43.515.018, en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES E.I.C.E.**

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

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 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:	CLAUDIA PATRICIA LOPEZ GONZALEZ.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-010-2021-00251-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA 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