



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciocho de agosto de dos mil veintitrés.

23-062

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MARIA VICTORIA VELEZ DE MOLINA.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E Y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05- 010-2022-00054-01.
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. y Colpensiones E.I.C.E., 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 JULIANA ARAQUE QUIROZ identificada con c.c. 1.035.868.274 de Girardota y T.P. N° 293.693 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 028** 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 Porvenir S.A., considerando que ha estado afiliada al RPM sin solución de continuidad. Que se

ordene el traslado de la accionante el RPM administrado por Colpensiones E.I.C.E. Que se ordene a Porvenir S.A. la devolución de todas las sumas de dinero como: bonos pensionales, cotizaciones, cuotas de administración, seguros previsionales, sumas adicionales de aportes obligatorios, cuotas de administración y rendimientos financieros. Que se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recibir los aportes provenientes de Porvenir S.A. Finalmente solicitó se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

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

- ✓ Que nació el 23 de enero de 1954, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 67 años de edad.
- ✓ Que laboró como Inspectora Municipal de Policía del Municipio de Riosucio (Caldas), del 28 de julio de 1986 al 31 de diciembre de 1986, y del 1 de enero de 1987 al 16 de octubre de la misma anualidad.
- ✓ Que, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 10 de junio de 1999.
- ✓ Que la AFP accionada, omitió el suministro de información completa, clara, veraz y suficiente que le hubiese permitido a la accionante conocer las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional, así como las características del RAIS.
- ✓ Que la mesada pensional en el RAIS, es inferior a la que le correspondería en el RPM.
- ✓ Que solicitó el traslado de régimen pensional ante Colpensiones, entidad que en respuesta del 28 de septiembre de 2021, negó la pretensión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Colpensiones E.I.C.E, se opuso a la totalidad de las pretensiones; y estimó como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la accionante y la solicitud de traslado incoada. Frente a los demás supuestos facticos, adujo no constarle, considerando que son supuestos exógenos al conocimiento de la entidad, y por tanto, deben probarse dentro del proceso.

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones; y no aceptó ningún hecho del libelo demandatorio. Frente al traslado de régimen pensional, manifestó que a la accionante se le informaron las condiciones y características del régimen pensional, el régimen de transición y, asimismo, sobre los bonos pensionales y los requisitos y condiciones para acceder a una pensión, considerando que suministró información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión informada, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

Aclaró 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, por lo que debe analizarse la conducta de la AFP conforme a la normatividad vigente.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

“1. DECLARAR ineficaces los cambios de sistema pensional que realizaron WILLIAM VERA HERNÁNDEZ, ALBA JANETH GONZÁLEZ QUIROGA, RAFAEL IGNACIO VIECO CADAVID y MARÍA VICTORIA VELEZ DE MOLINA al trasladarse al RAIS proveniente del RPM y en consecuencia, declarar que estos ciudadanos han permanecido afiliados sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

2. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. en el caso de WILLIAM VERA HERNÁNDEZ y a PORVENIR S.A. en los casos de ALBA JANETH GONZÁLEZ QUIROGA, RAFAEL IGNACIO VIECO CADAVID y MARÍA VICTORIA VÉLEZ DE MOLINA a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de cada uno de los demandantes con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y el bono pensional si fue redimido. Asimismo, y con indexación trasladará en el mismo término, lo descontado de las cotizaciones de estos demandantes, conceptos tales como lo 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 estas órdenes, 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 para cada uno de estos actores.

3. 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 los demandantes, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC en que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas que se generen en el sistema de seguridad social integral.

4. DECLARAR no probada la excepción de prescripción. Las demás excepciones implícitamente resueltas.

CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. a favor WILLIAM VERA HERNÁNDEZ y a PORVENIR S.A. y en favor de ALBA JANETH GONZALEZ QUIROGA, RAFAEL IGNACIO VIECO CADAVID y MARÍA VICTORIA VELEZ DE MOLINA, se fijan las agencias en derecho en favor de cada uno de los demandantes y a cargo las entidades privadas en \$1.500.000. Sin costas a cargo de Colpensiones.”

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E. sustentaron 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 se revoque de forma total la sentencia de primera instancia, considerando que quedó probado que la información brindada fue completamente clara y suficiente, lo cual permitió que la accionante tomara una decisión informada, razón por la cual no es procedente la ineficacia del traslado.

En cuanto a la prueba documental que extrañó el juez de primera instancia, frente a los documentos que acreditaran una entrega de la información, resaltó que no era una obligación vigente para la época en que se efectuó el traslado, por lo cual no existía la obligación a cargo de Porvenir de guardar soporte documental de forma estricta, sino que, únicamente se exigía una información de carácter verbal, bajo el entendido que la manifestación de voluntad quedaba suscrita con formulario de afiliación.

En el evento de confirmar la providencia, solicitó que no se condene a trasladar los conceptos recibidos por motivo de cuotas de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima de forma indexada, por cuanto estos valores ya no hacen parte del patrimonio de la AFP, de manera que, el confirmar su traslado, se fragmentaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y se desconocería la gestión de estos recursos en debida forma.

Frente a orden de indexación de los valores a retornar, consideró que debe ser revocada por cuanto también se ordenó devolver los rendimientos financieros, lo que implica que el detrimento del dinero en el tiempo, se encuentra resarcido con el traslado de este concepto, bajo este entendido, considero que ordenar la indexación significa imponer una doble condena a la AFP, y un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

Finalmente, frente a las costas procesales, consideró que no es procedente por cuanto la entidad siempre ha obrado de buena fe, y su actuar se ha ejecutado conforme al ordenamiento jurídico.

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

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, considerando que la afiliación efectuada la RAIS goza de plena validez, toda vez que, al momento del traslado se aceptaron las condiciones pensionales de este régimen, aclarando que se evidencia una inconformidad con la mesada pensional, la cual se imputa como una falta de información por parte de la AFP.

Resaltó que, 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 ocasionaría que la carga dinámica no se aplique de forma ponderada, de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales que impone la Ley 1567 de 2012, alterándose así la lógica probatoria, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que se pueden imponer a las partes, y trasladar esa tarea únicamente al juez, lo anterior, basándose en la sentencia de la Corte Constitucional C 086 de 2016.

Destacó que la declaratoria de ineficacia del traslado, afecta la sostenibilidad financiera del RPM, por cuanto la entidad nada tuvo que ver en la decisión de traslado, tornándose inviable esta declaratoria por motivos económicos. De otro lado, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 del 93, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 2003.

Finalmente, en caso de confirmar la providencia de primera instancia, solicitó que se ordene a la AFP trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado, sin ningún tipo de descuentos por gastos de administración, seguros previsionales, primas de seguros de invalidez y muerte, la prima de reaseguro de Fogafín, y el porcentaje correspondiente al fondo de Garantía de Pensión Mínima.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando que la decisión afecta el principio de estabilidad financiera, en tanto, la afiliación ante la AFP Porvenir se hizo en correcta forma, voluntaria y espontánea tal y como lo indica el artículo 2 de la ley 797 de 2003, la cual modificó el

artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual fue declarado exequible por la sentencia de la Corte Constitucional C 1024 de 2004. Adicional a lo anterior, resaltó que la demandante no cumple con los requisitos para que sea procedente el traslado de régimen pensional.

En caso de confirmar la providencia, solicitó se ordene a Porvenir S.A. trasladar todo el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexado y sin ningún tipo de descuento, discriminando los valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, lo anterior, de conformidad con las providencias de la C.S.J. SL 4964 de 2018, SL 1688 2019, SL 2877 2020, SL 4811 2020 y SL 373 2021.

2.3.2 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Después de hacer un recuento jurídico y jurisprudencial sobre la ineficacia de la afiliación al RAIS, consideró que la AFP accionada no cumplió con el deber de información que le asiste, razón por la cual solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

2.3.3 PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

En primer lugar, resaltó que no existían razones fácticas y jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión se tomó de forma espontánea y sin presiones, cumpliendo los requisitos exigidos por la normatividad vigente (artículo 97 del Decreto 663 de 1993), y después de brindar la información necesaria, y obligatoria para la época. Destacó que la accionante no cumplió su deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, más aún, cuando contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, ratificando su interés en mantenerse vinculada al RAIS.

Adujo que la motivación de la parte actora para retornar al RPM, es el carácter económico de la mesada pensional, mismo que no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento, razón por la cual, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales, no puede predicarse como un engaño.

Destacó que la prueba documental que extraña la 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, aunado a que la obligación del buen consejo, la doble

asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación surgieron a partir del año 2010 y 2014, por lo que no es cierto que la AFP se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado, y mucho menos debe exigirse su aplicación de manera retroactiva.

En caso de confirmarse la decisión de primera instancia, solicitó que no se condene al traslado de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, y que se mantenga en firme la decisión de no incluir las cuotas de administración, y seguros previsionales, considerando que los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, aunado a que estos 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 accionante y para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte. Destacó que la orden de traslado constituye un enriquecimiento sin causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, además de transgredir el principio de sostenibilidad financiera.

Finalmente, con relación a las costas procesales, indicó que no es procedente por cuanto la entidad siempre obró con buena fe objetiva, y en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época del traslado.

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.

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.° 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.°, 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.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 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 06 de octubre de 1999, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A (fl 80 del archivo 12 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 injerencia del empleador, y 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 MARIA VICTORIA VELEZ DE MOLINA, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios era de posgrado, desempeñándose como abogada, Especialista en Derecho Administrativo, y en Derecho del Medio Ambiente, y que labora en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá. Respecto al traslado a Porvenir S.A., adujo que, cuando ingreso a laborar en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, nunca le preguntaron en que fondo de pensiones quería estar, simplemente, el encargado del personal(sic) en dicha data, le entregó el formulario de afiliación para ser firmado, pues aclaró que fue suscrito por otra persona. Resaltó que Porvenir nunca le brindó una asesoría después del traslado. Consideró que la suscripción del formulario de afiliación fue un requisito para poder vincularse al empleo, pues iteró que el mismo ya estaba diligenciado.

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, 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 sentencia de primera instancia.

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., 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 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.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA VICTORIA VELEZ DE MOLINA** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.869.813, en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

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:	MARIA VICTORIA VELEZ DE MOLINA.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E Y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05- 010-2022-00054-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	18//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 22/08/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario