



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciocho de agosto de dos mil veintitrés.

23-065

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **CLARA MILENA TOBAR DE JESUS.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05- **017-2022-00304-01.**
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., 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 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 administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. Que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros. Que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y a recibir los aportes provenientes del RAIS. Finalmente, solicitó se condenen en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

- ✓ Que nació el 26 de febrero de 1969, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 53 años de edad.

- ✓ Que, se afilió inicialmente al RPM desde el 28 de julio de 1986.
- ✓ Que el 13 de septiembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A.
- ✓ Que el asesor de la AFP accionada, se limitó a resaltar las ventajas del RAIS, y los beneficios que obtendría afiliándose a dicha entidad.
- ✓ Que el asesor comercial, no realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen, como tampoco le informó sobre las características de los regímenes pensionales, las principales diferencias, y la forma de liquidación pensional, incumpliendo así con el deber de información que le asiste.
- ✓ Que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, entidad que en respuesta del 07 de febrero de 2022, 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 demandante, la afiliación al RPM, y la solicitud de traslado incoada. Frente a los demás supuestos facticos indicó que no le constan, considerando que la entidad no tuvo ninguna participación o injerencia en su constitución.

Porvenir S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas; y únicamente aceptó que la accionante estuvo acompañada por un asesor comercial al momento del traslado. Frente a la afiliación a dicha AFP, manifestó que a la actora recibió 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, razón por la cual conoció las implicaciones y consecuencias de su decisión.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 13 de marzo de 2023, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora CLARA MILENA TOBAR DE JESUS identificada con cédula de ciudadanía No. 34.553.734, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme se indica en la parte motiva.
SEGUNDO : CONDENAR a la Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S .A ., a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” , dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora

CLARA MILENA TOBAR DE JESUS, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, igualmente, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" , proceder con el recibo de éstos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral de la hoy demandante y a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante; Se fijan las agencias en derecho en la suma de DOS MILLONES PESOS (\$2'000.000). Por secretaria del despacho liquídense los gastos del proceso.

QUINTO: Se ordena remitir el expediente al H. TSM – SALA LABORAL, en el grado jurisdiccional de la CONSULTA en favor de COLPENSIONES."

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. 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 la revocatoria de la providencia de primera instancia, en primer lugar, consideró que el asunto versa sobre una afiliación inicial al sistema general de pensiones, y de acuerdo con la jurisprudencia, la ineficacia del traslado solo procede cuando una persona se traslada de régimen y no se le brinda una información suficiente, pero en el presente caso, el accionante no estuvo afiliado al RPM, y por ende no existe un estado anterior al que pueda retornar. Destacó que solamente a partir de la Ley 100 de 1993, nació la obligación de afiliación al sistema, y la parte demandante la ejecutó inicialmente ante una AFP, por lo que no existió traslado de régimen pensional y por tanto, debe aplicarse lo indicado en las sentencias de la C.S.J.SL 6708 de 2016 y SL 494 de 2022. Conforme a lo anterior, destacó que no existe prueba de que la parte accionante hubiese presentado afiliación al RPM al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones, pues las cajas municipales o departamentales no eran administradoras del RPM, ya que no hacían parte de este, razón por la cual, itera que se trató de una afiliación inicial, y por tanto no es dable declarar los efectos de la ineficacia.

Destacó que, la accionante se afilió a CAJANAL entre el año 1986 y 1995, y a pesar de que esta entidad si hacia parte del RPM, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la accionante estaba inactiva y no tenía la calidad afiliada al sistema, por lo que debe observarse la sentencia 2018-031 del Tribunal de Barranquilla, la cual hace referencia a la jurisprudencia de la C.S.J. para estos casos.

De otro lado, indicó que el traslado de régimen fue completamente valido, precedido de una asesoría completa y oportuna, por lo que no se dan los presupuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación, resaltó que la jurisprudencia existente solo puede ser aplicada bajo el miramiento de supuestos facticos similares, y en el presente asunto no son coincidentes, por lo que se debe tener en cuenta que para la época del traslado, no existía la obligación de dejar constancia escrita de la información suministrada, así como el deber de asesoría y buen consejo, los cuales fueron impuestos posteriormente. Adujo que la inconformidad en la cuantía de la mesada pensional no es un elemento suficiente para declarar que se vicio la voluntad de la parte actora, teniendo en cuenta que las formas de liquidación entre regímenes pensionales son diferentes.

Frente a los conceptos que componen los gastos de administración, indicó que no deben ser trasladados, por cuanto durante el periodo de afiliación, se ha cumplió con la finalidad de proporcionar el aseguramiento de las contingencias y la inversión de los recursos, de forma que al tenor de lo indicado por la Superintendencia Financiera de Colombia, deben respetarse las restituciones mutuas, siendo inviable retornar la prima de seguro previsional y las cuotas de administración que han sido utilizadas para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual, y conforme al artículo 1746, se deberá autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que haya lugar, sin perjuicio de la declaratoria y efectos de la ineficacia.

Destacó que, bajo los efectos de la ineficacia, debe entenderse que los frutos dados por la administración de los recursos tampoco se han generado. Frente a la indexación de estos valores, solicitó se mantenga la postura de la a quo.

Respecto a las costas, procesales, indicó que no son procedentes por cuanto la entidad ha obrado de buena fe y en cumplimiento de las normas vigentes para la época.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 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, 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.

Adujo 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 el traslado de los valores ahí ordenados no se haga de forma indexada, pues los efectos de la declaratoria de la ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, por tanto, el detrimento del valor económico se resarciría con los rendimientos financieros que se generaron debido a la buena gestión de los recursos de la demandante, de no declararse así, se constituiría una condena doble en contra de la AFP y un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, atentando así contra la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

De otro lado, destacó que solamente a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, nació la obligación de los trabajadores de afiliarse al sistema general de pensiones, en consecuencia, la demandante realizó su primera afiliación al RAIS, razón por la cual no puede configurarse una ineficacia o nulidad en el traslado del RPM al RAIS, por ser inexistente, conforme lo indican las sentencias CSJ SL6708-2016 y CSJ SL 494-2022.

Finalmente, con relación a la condena en 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 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 explyado 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 perjudicarlo
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 13 de septiembre de 1999, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl 78 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 injerencia de su 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 CLARA MILENA TOBAR DE JESUS, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios es profesional, desempeñándose como ingeniera del área electrónica y telecomunicaciones, con especialización en seguridad. Respecto al traslado a Porvenir S.A., adujo

que, al momento de vinculación al empleo en su momento, un funcionario de Recursos Humanos de la empresa le entrego todos los documentos de vinculación, entre los que se encontraba el formulario de afiliación a la AFP, razón por la cual fue suscrito. Aclaró que no tuvo ninguna asesoría por parte del fondo privado, y que no sabía que se estaba afiliando a esta entidad.

Destacó que no conocía la diferencia entre regímenes pensionales, las restricciones de edad para trasladarse y la forma como se liquidan las pensiones en uno y otro régimen, conceptos que conoció después de cumplir 50 años de edad por comentarios de compañeros de trabajo.

Resaltó que, con anterioridad a la afiliación a Porvenir S.A., estuvo afiliada a la Caja Nacional (CAJANAL) desde 1987 hasta 1999.

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.

Conforme los razonamientos que preceden, y pese a los juicios argumentos que en este punto ventila Porvenir S.A., no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante, pues el criterio que resulta vinculante es el que de forma pacífica y reiterada ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias reseñadas, que constituyen un precedente vertical de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** 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 **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la a quo.

Es importante señalar que si bien para el año 1999 cuando se dio el traslado al RAIS, la señora CLARA MILENA TOBAR DE JESUS no se encontraba cotizando al ISS, contaba con afiliación previa a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL- CAJANAL pues laboró al servicio de la Dirección Departamental de Salud del Cauca - Unidad Popayán desde el 28 de julio de 1986, hasta el 17 de octubre de 1995 (fl 44, archivo 01 del expediente digital), por lo que, al ser CAJANAL el fondo que administraba el régimen de prima media para los empleados públicos del orden nacional, el retorno de la accionante se ordena a COLPENSIONES, pues conforme al Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, disponiendo en su artículo 4º que los afiliados a dicho fondo pasarían al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.

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 los aspectos antes aludidos.

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**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **CLARA MILENA TOBAR DE JESUS** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 34.553.734, en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la providencia bajo el entendido que **PORVENIR S.A.** trasladará a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la

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.*

afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debidamente **INDEXADOS** al momento del pago, oportunidad en la que **además deberán discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E., detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	CLARA MILENA TOBAR DE JESUS.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05- 017-2022-00304-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA 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