



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de octubre de dos mil veintitrés

23-238

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **MONICA ISABEL SIERRA VELASQUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-**009-2022-00017-01.**
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA.**

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

Conforme al memorial allegado, se reconoce personería jurídica los siguientes:

- Al doctor NESTOR EDUARDO PANTOJA GOMEZ identificado con c.c. 1.085.288.587 y T.P. N° 285.871 del C. S. de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES E.I.C.E., conforme al poder otorgado por la doctora ISABEL CRISTINA GONZÁLEZ RESTREPO, identificada con c.c. 43.638.930 quien funge como apoderada judicial de la entidad de conformidad con la Escritura Pública No. 1.246 del 24 de julio de 2023, suscrita en la Notaria 59 del Círculo de Bogotá.
- Al doctor OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO identificado con c.c. 1.017.267.151 de Medellín y T.P. N 380.131 del C. S. de la J. para representar los intereses de PORVENIR S.A, por estar adscrito 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. 1.281 del 02 de junio de 2023, 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 036** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante, se declare la INEFICACIA de la afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. y posteriormente por Protección S.A., considerando válida y sin solución de continuidad la afiliación al RPM. Que se ordene a las AFP accionadas trasladar a Colpensiones los aportes obligatorios incluyendo rendimientos financieros, los dineros retenidos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales y comisión de administración. Que se ordene la indexación de las condenas. Finalmente solicitó que se condene en costas y/o agencias en derecho.

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

- ✓ Que nació el 20 de julio de 1964, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad.
- ✓ Que acredita un total de 1425 semanas de cotización, pues se afilió al sistema general de pensiones desde octubre de 1989.
- ✓ Que en julio de 1995, fue abordada en su lugar de trabajo por asesores de Porvenir S.A., quienes efectuaron el traslado sin que se informara los pormenores, conveniencias o ventajas del traslado.
- ✓ Que efectuó movilidad a Colmena, afiliación que en las mismas circunstancias del traslado inicial concluyó en la conveniencia del traslado dentro del mismo régimen.
- ✓ Que solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones, entidad que rechazó la petición mediante comunicado del 24 de septiembre de 2021.
- ✓ Que la pensión de vejez otorgada en el RAIS, es inferior a la que le correspondería en el RPM.

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, la solicitud de traslado incoada y su respuesta. Frente a los demás hechos adujo no constarle, al tratarse de supuestos exógenos al conocimiento de la entidad.

Porvenir S.A., se opuso las pretensiones de la demanda; y no aceptó los hechos plasmados por la actora. Frente a las circunstancias del traslado, señaló que realizaba campañas de publicidad y acompañamiento en las afiliaciones prestando toda la asesoría de la normatividad que se encontraba vigente para la época.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones que la involucraban; y aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, la densidad de semanas que acredita, la solicitud de información incoada y su respuesta. Frente a las circunstancias del traslado, señaló que la entidad brindaba asesorías individuales o grupales en las que se impartían a los trabajadores los suficientes conocimientos sobre el sistema pensional colombiano y los dos regímenes vigentes, así mismo se promovían los servicios de Protección como una de las administradoras del RAIS en un marco de legalidad y transparencia esto con el fin de que las personas pudieran elegir de manera libre e informada el régimen que consideraran más conveniente de acuerdo a sus expectativas personales.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el cambio o el traslado del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó la señora MÓNICA ISABEL SIERRA VELÁSQUEZ identificado con CC. 39.352.126, en consecuencia, declarar que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO: Se CONDENA a la AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A 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 la demandante MÓNICA ISABEL SIERRA VELÁSQUEZ junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de 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 justifique.

TERCERO: Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir de la AFP PROTECCIÓN S.A y AFP PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas

por la señora MÓNICA ISABEL SIERRA VELÁSQUEZ en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.

CUARTO: Se DECLARA no prospera las excepciones de mérito que fueron propuestas por las partes codemandadas, de conformidad con los argumentos previamente expuestos atendiendo a la naturaleza condenatoria de la decisión proferida.

QUINTO Se CONDENA en costas a la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN S.A, se fijan agencias en derecho por la suma de \$2.320.000 a favor del demandante que deberán ser pagados de manera proporcional por cada una de las codemandadas, no se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.

SEXTO: Se concede a favor de COLPENSIONES el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no se haga uso del recurso de apelación.”

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 se revoque de forma total la providencia, considerando que el precedente de la CSJ no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos de ineficacia de la afiliación, pues deben existir unas similitudes fácticas entre casos, situación que no se presenta en el proceso pues el traslado se dio de forma voluntaria y con consentimiento informado de acuerdo con las normas vigentes al momento del traslado, pues no se exigía el suministro de información en los términos plasmados en la demanda.

Destacó que, en caso de declararse la ineficacia, los rendimientos financieros trasladados deben corresponder a los que se generan en Colpensiones, pues si el traslado no tiene efecto legal, no tiene

sentido que se obligue a la entidad a trasladar los rendimientos propios del RAIS, en caso negativo, solicitó que con base a las restituciones mutuas se reconozcan los gastos que la entidad asumió para garantizar el pago de dichos aportes y así generar los rendimientos en la cuenta de ahorro. Aclaró que estos gastos se encuentran en el patrimonio de terceros por lo que actúa en calidad de agente oficioso involuntario.

Indicó que, no es procedente el retorno de las sumas correspondientes a los seguros previsionales, por cuanto el dinero ya fue pagado a las aseguradoras quienes brindaron la cobertura correspondiente, respecto a los gastos de administración, indicó que tampoco es procedente con base en el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, pues el traslado de recursos debe efectuarse en armonía con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

Frente a la indexación, destacó que no es procedente por cuanto con el traslado de los rendimientos se compensaría la devaluación del poder adquisitivo de la moneda.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas al no tener fundamentos la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Resaltó que, los efectos de la ineficacia son inoponibles a Colpensiones al no tener incidencia ni participación en el acto de traslado, en caso de no acoger dicha figura, solicitó se realice un test de proporcionalidad en donde se verifique la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, pues a su juicio, la decisión de la a quo crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados.

En caso de confirmar la providencia, solicitó que se ordene el retorno de todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual.

2.3.2 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.

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.

2.3.1 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado al RAIS, solicitó se confirme la providencia considerando que la prueba aportada al plenario no da cuenta que la actora haya recibido asesoría suficiente que le permitiera tomar una decisión informada.

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 PROTECCIÓN S.A. y 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, y teniendo en cuenta lo planteado en el recurso de alzada, 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,	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

asesoría y buen consejo		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 07 de julio de 1995, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A (fl. 25 del archivo 09 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del

funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora MONICA ISABEL SIERRA VELASQUEZ, en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios es profesional, y que no se encuentra laborando a la data de la diligencia. Respecto al traslado a Porvenir S.A., adujo que se dio con ocasión a una vinculación laboral, pues la empresa a la cual se suscribió trabajaba con Porvenir. Aclaró que no recibió ningún tipo de asesoría pensional al momento de la afiliación. Aclaró que tenía conocimiento de las ventajas de los fondos privados porque asesores de Porvenir, entre los años 1995 y 1996 fueron a hacer publicidad a la empresa donde laboraba, momento en el que les indicaron a los trabajadores que las AFP iban a ser mejores que el ISS.

Respecto a la movilidad efectuada a Colmena hoy Protección S.A., adujo que se dio con motivo de una vinculación laboral, pues se le suministraron los documentos de ingreso los cuales firmó generando la afiliación a la AFP. Aclaró que no hubo presencia de un asesor comercial de la entidad.

En cuanto al traslado efectuado a Protección S.A., indicó que se dio en las mismas circunstancias de la afiliación a Colmena, esto es, por cambio de trabajo y sin que se le haya suministrado algún tipo de asesoría. Aclaró que por rumores tenía presente que los fondos privados otorgaban mayores beneficios que el ISS, pues esta última entidad se encontraba afectada financieramente.

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.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora SIERRA VELASQUEZ, quien en 1995 se vinculó a Porvenir, y posteriormente efectuó movilidad a Colmena y Protección conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 34 archivo 08 expediente digital), siendo Protección S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 2001. Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es 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 de uno u otro fondo, lo que a voces de la demandante ni siquiera aconteció, pues su vinculación careció de una asesoría pensional.

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)

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, 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 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 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 Protección 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 en Porvenir S.A.

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 Protección S.A. y 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, Protección S.A. y Porvenir 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 también se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido por la a quo.

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

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000, a favor de la demandante.

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 24 de agosto de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MONICA ISABEL SIERRA VELASQUEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 39.352.126, en contra de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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 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:	MONICA ISABEL SIERRA VELASQUEZ.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-009-2022-00017-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	27/10/2023.

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 30/10/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario