



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, diez de noviembre de dos mil veintitrés.**

#### **23-256**

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	<b>MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO.</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.</b>
Radicado No.:	05001-31-05-018-2021-00512-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	<b>CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.</b>

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 Protección S.A. y Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado, se reconoce personería jurídica a la doctora CARMEN AMALIA RIOS identificada con C.C. No. 1.102.831.415 y portadora de la T.P. No. 244.944 del C.S de la J. conforme sustitución de poder que le hiciera la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con c.c. 65.701.747 y TP. 123.148 del C.S. de la J., en calidad de Representante Legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., persona jurídica que funge como apoderada general de COLPENSIONES E.I.C.E. con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del C.G.P., y debidamente inscrita ante la Cámara de Comercio de Bogotá, según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que reposa en el plenario, y de conformidad con la Escritura Publica No. 3.368 del 2 de septiembre de 2019, suscrita en la notaria 9 del circulo 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 038** 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** del traslado al RAIS administrado por Protección S.A. considerando válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM. Que se condene a Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes efectuadas al RAIS, incluidos los rendimientos y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración. Que se condene a Colpensiones a tener como válida, vigente y continua la afiliación de la demandante. Finalmente solicitó que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

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

- ✓ Que nació el 2 de noviembre de 1968, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 53 años de edad.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS desde abril de 1986, hasta marzo de 1997, año en el que se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A.
- ✓ Que el asesor comercial no le explicó de forma clara y precisa los riesgos, beneficios, características y consecuencias del traslado de régimen pensional.
- ✓ Que al momento de la afiliación no se tuvieron en cuenta las condiciones particulares de la accionante, y el asesor se limitó a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una mejor pensión.
- ✓ Que la pensión en el RPM es superior a la que le correspondería en el RAIS.
- ✓ Que el 27 de octubre de 2021, solicitó el retorno al RPM ante Colpensiones, entidad que resolvió la petición de forma negativa en razón al límite temporal para efectuar el traslado.

### **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 afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional y la solicitud incoada ante esta entidad. Frente a los demás hechos adujo no constarle, al tratarse de supuestos exógenos al conocimiento de la entidad.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones incoadas; y aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, el traslado efectuado y a solicitud de información incoada ante esta entidad. Frente al traslado de régimen pensional, manifestó que la entidad brindó una asesoría objetiva e integral, poniendo de presente las características de ambos regímenes y las diferencias entre los mismos, por lo que correspondió a la accionante realizar su propio juicio de conveniencia o favorabilidad que finalmente la llevó a elegir a Protección en forma libre, voluntaria e informada, plasmando su firma en el formulario de afiliación en señal de conocimiento y aceptación

Finalmente, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones incoadas; y no aceptó ningún hecho del libelo demandatorio. Frente al traslado de régimen manifestó que brindó asesoría respecto a los regímenes pensionales, a sus riesgos, condiciones, ventajas y desventajas, con elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993.

#### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.**

Mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín dispuso lo siguiente:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de los señores, OMAIRA TRINIDAD ALVAREZ RODRIGUEZ; MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO, FLAVIO ALBERTO ROLDAN CASTAÑEDA y LUZ DELIA ZAPATA VELASQUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, conforme a los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente providencia, y en lo que refiere a los procesos con radicado 2021 00236 y 2021 00512 por ende la movilidad entre administradoras.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación de los demandantes, tales como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y por el tiempo que los demandantes realizaron aportes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES según se explicó en las consideraciones de la presente providencia, conceptos que deberán ser entregados debidamente indexados.*

*Al momento de cumplirse esta orden, dichos 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, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.*

*En igual sentido, ORDENAR a la AFP PORVENIR, en el caso de OMAIRA TRINIDAD ALVAREZ RODRIGUEZ y MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO a trasladar a COLPENSIONES los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que los demandantes estuvieron afiliados a esta administradora. 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.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de los demandantes ya identificados, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones, según se dijo en la parte motiva.*

*CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de prescripción, las demás quedan implícitamente resueltas como meras oposiciones.*

*QUINTO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a cargo de las administradoras de fondo de pensiones del Régimen de ahorro individual para cada caso y a favor de los demandantes, para cuya liquidación se incluirán como Agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, al momento de la liquidación.*

*SEXTO: Sea o no apelada esta providencia se ordena remitir el presente proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el tribunal superior sala laboral conforme lo estipula el artículo 69 del CPTYSS"*

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Protección S.A. sustentaron 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. RECURSOS DE APELACIÓN.**

#### **2.2.1 PRESENTADO POR PORVENIR S.A.**

Interpuso recurso de apelación de forma total, considerando que la afiliación de la demandante fue completamente valida, precedida de una asesoría clara, completa y oportuna, por lo que no se dan los presupuestos necesarios para declarar la ineficacia del traslado, pues la actora con base al tiempo de permanencia en el RAIS tuvo la posibilidad de conocer las características y condiciones, por lo que ratifica su voluntad de permanecer en el mismo régimen pensional. Destacó que la línea jurisprudencial de la CSJ solo debe aplicarse en casos concretos, sin que en el presente le sea extensivo esos efectos

por cuanto la demandante se suscribió al RAIS de forma libre, voluntaria e informada, y las obligaciones que se reclama a la AFP surgieron de forma posterior desconociendo así el principio de irretroactividad y seguridad jurídica. Resaltó que el monto de la mesada pensional no es un presupuesto que vicie la voluntad de la actora.

Frente a la orden de traslado de los gastos de administración, destacó que no es procedente por cuanto dichos conceptos fueron invertidos conforme lo estipula la Ley, y conforme a lo explicado por la Superintendencia Financiera de Colombia, se deben respetar las restituciones mutuas a que haya lugar, por lo que no es procedente el traslado de las primas de seguro y cuotas de administración, ya que han sido utilizadas para generar rendimientos a la cuenta de ahorro individual.

Destacó que, conforme al artículo 1746 del Código Civil es necesario autorizar a la AFP para descontar las restituciones mutuas a que haya lugar, independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia, por lo que no deben devolverse conjuntamente rendimientos y gastos de administración, pues los primeros nunca debieron haberse generado.

Respecto a la indexación, destacó que no es procedente por cuanto la pérdida adquisitiva del poder de la moneda se compensaría con el traslado de los rendimientos financieros.

Finalmente. En cuanto a las costas procesales, solicitó se revoque dicha condena en tanto Porvenir no fue la entidad que dio lugar al traslado de régimen pensional.

### **2.2.2 PRESENTADO POR PROTECCIÓN S.A.**

Interpuso recurso de apelación de forma parcial, en lo atinente al traslado de los dineros correspondientes al Fogafín, teniendo en cuenta que el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, dispuso la eliminación de la garantía de Fogafín a las administradoras de pensiones del RAIS, ordenando el traslado de las reservas existentes al Tesoro Nacional dada su condición de garante. Así las cosas, se está ordenando el traslado de un concepto completamente derogo dado, y que además fue girado al Tesoro Nacional, por lo cual nunca fue descontado de la cotización de la afiliada.

## **2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **2.3.1 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 el 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 aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, 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 del 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. Aunado a lo anterior, destacó que no es procedente ordenar la indexación de las condenas, pues la pérdida adquisitiva de la moneda se resarciría con los rendimientos financieros generados.

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.

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

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, considerando que conforme al artículo 167 del CGP, no se logró establecer los parámetros que configuran la ineficacia del traslado, aunado a que la regla de inversión de la carga probatoria no puede interpretarse como una situación universal, pues debe obedecer a factores adicionales a la naturaleza experta de la entidad en el sistema de pensiones.

### **3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA.**

De acuerdo con lo planteado en los recursos de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

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

### **4 CONSIDERACIONES.**

A juicio de esta Magistratura, 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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información  <b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA DEMANDANTE</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte de un afiliado, que una mínima variación en el proceso de asesoría comporta la declaración de que hubo ausencia total de consentimiento y, por lo mismo, ineficacia por inexistencia del acto jurídico.

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

Un párrafo de la pluricitada sentencia 68.838 de 2019 es elocuente:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las AFP se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse, hasta toda clase de afiliados. Este último fallo lo reafirma:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 14 de enero del 1997, fecha en la cual suscribió el formulario de afiliación a ING hoy Protección S.A (fl 51 del archivo 08 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente la señora MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO, en el aludido interrogatorio respecto al traslado de régimen pensional efectuado a Colmena adujo que, estando en su puesto de trabajo, una asesora mediante asesoría grupal le indicó que le convenía vincularse al fondo privado porque eran las entidades que iba a regir en adelante.

Respecto a la movilidad efectuada a Colpatria, indicó que se dio con ocasión a que la gerente era amiga de la asesora, quien manifestó que ese fondo privado era el mejor y que todos los trabajadores debían trasladarse porque tendrían más respaldo. Finalmente, respecto al traslado a Protección, bajo un mismo panorama, resaltó que, trabajando para Productos Químicos Andinos, a nivel grupal les manifestaron la misma información que antecede y posteriormente se suscribió a dicho fondo.

Resaltó que la motivación para retornar a Colpensiones es la cuantía de la mesada pensional.

Destáquese que la deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema;

tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora HERRERA BUITRAGO, quien en 1997 se vinculó a ING hoy Protección S.A., y posteriormente efectuó movilidad a Colpatria hoy Porvenir S.A. y Colmena hoy Protección S.A. conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 51 del archivo 08 del expediente digital), siendo Protección S.A. el fondo donde actualmente permanece desde el último cambio efectuado en el año 1999. 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 veces del demandante, fue precisamente lo que sucedió, donde la solidez era un factor determinante para la vinculación a la AFP.

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 hubieren recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se modificará **LREVOCARÁ PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia, pues la a quo, adicional a los conceptos indicados con antelación, ordenó el traslado de la prima de reaseguro de Fogafín, concepto que como acertadamente lo indicó la apoderada judicial de Protección S.A. en el recurso de alzada, se encuentra derogado y no es una obligación vigente para las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, de conformidad con el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, el cual a su tenor expone:

*“ARTÍCULO 163. GARANTÍA DE FOGAFÍN Y FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. Elimínese la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín. Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas.”*

Así las cosas, aclara la Sala que las administradoras del RAIS no tienen como obligación la suscripción de dicha garantía, y los remanentes existentes hasta el momento en que entro vigencia la precitada Ley, esto es el 16 de junio de 2011, fueron trasladados al Tesoro Nacional por lo que las AFP accionadas no están en el deber legal de retornar los conceptos suscritos y relacionados con esta garantía.

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 ING, Colpatria, y Colmena.

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 **MODIFICAR** el fallo, toda vez que la a quo no ordenó la aplicación de esta figura para todos los conceptos susceptibles de traslado, por lo 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 SL3710-2021<sup>1</sup>, 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 se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la a quo, toda vez que no extendió dicha orden a Porvenir S.A.

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, **revocándola, modificándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

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. Dicha condena no se extenderá a Protección S.A. dado que fueron acogidos en esta instancia los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

## 5 DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de agosto de 2023 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. **30.311.555**, en contra de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, trasladarán a **COLPENSIONES E.I.C.E.**, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la 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**

---

<sup>1</sup> 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.*



los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E., detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ultimó punto en que se **adiciona** la providencia.

**TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que las AFP accionadas no están en la obligación de trasladar los aportes correspondientes a la prima de reaseguro de FOGAFÍN de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

**CUARTO:** 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.

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:	<b>MARIA ORFILIA HERRERA BUITRAGO.</b>
Demandado:	<b>COLPENSIONES E.I.C.E., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.</b>
Radicado No.:	05001-31-05-018-2021-00512-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	<b>CONFIRMA Y MODIFICA SENTENCIA.</b>
Fecha de la sentencia:	<b>10/11/2023.</b>

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 14/11/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario