

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Luz Miryam Arbeláez Salazar
DEMANDADAS	AFPs Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A., Colfondos S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 004 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 004 2018 00739 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 145 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca, adiciona y confirma

En la fecha, **catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las entidades accionadas, y también grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, ordenando en la sentencia proferida dentro del proceso contra esta entidad y las **AFP Porvenir S.A, Protección S.A., Skandia S.A. (antes Old Mutual), Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, promovido por **Luz Miryam Arbeláez Salazar**, radicado único nacional 05001 3105 **004 2018 00739** 01.

Auto: En atención a la documentación allegada a esta instancia, se reconoce personería a la abogada **María José Otero Martínez**, para asumir defensa judicial de **Colpensiones**; al abogado **Jair Fernando Atuesta Rey** para representar judicialmente a **Colfondos S.A.**, y a la abogada **Vanessa Trujillo Correa**, para asumir la representación judicial de la demandante.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado virtualmente como consta en acta N°. **021**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones de la demandante se orientan a obtener la nulidad o ineficacia del traslado o vinculación que realizó el 11 de julio de 1997 al RAIS, administrado por **Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.**, por incumplimiento, omisión y falta al deber de información, generándose así vicio en el consentimiento; pide también igual sanción y por las mismas razones, para la movilidad efectuada con posterioridad a las **AFP Protección S.A. el 1º de julio de 2000; a Colfondos el 08 de mayo de 2002 y luego el 1º de marzo de 2009; a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 03 de mayo de 2005, a Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. el 25 de junio de 2008**, y como consecuencia, se le declare siempre inmersa en el RPM administrado por Colpensiones, y se ordene a los fondos privados la restitución de todos los aportes, con sus rendimientos e intereses financieros.

En sustento de ello afirma que, **nació el 30 de junio de 1963**, que con anterioridad al 12 de julio de 1997 estuvo afiliada al RPM, según certificación expedida el 09 de agosto de 2018, pero no registra semanas y en el RAIS, para el momento de presentación de la demanda, acredita un total de 943,57. Que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se implementó el RAIS y surgieron las AFP, realizando estas estrategias comerciales tendientes a incrementar su participación en el mercado pensional, contratando asesores sin ningún tipo de formación y conocimiento en el manejo jurídico y económico del sistema pensional. Que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual y en este tuvo

movilidad entre administradoras, según los formularios de afiliación, así: **Colpatria Hoy Porvenir S.A., el 11 de julio de 1997; Protección S.A., el 1º de julio de 2000; Colfondos S.A., el 08 de mayo de 2002; Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 03 de mayo de 2005; Skandia - Old Mutual S.A., el 25 de junio de 2008 y nuevamente a Colfondos S.A. el 1º de marzo de 2009, donde permanece;** suscribiendo en cada caso el correspondiente formato, *sin que mediara por parte de dichos fondos de pensiones, una asesoría e información adecuada, íntegra, suficiente, clara, oportuna y cierta, sobre los efectos jurídicos y económicos de su traslado, donde de manera objetiva se le informara sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Esta situación no le permitió... dimensionar la trascendencia en su decisión, en un tema de rango constitucional, como lo es la seguridad social, vulnerándosele así, el consentimiento informado, siendo el motivo para su tránsito entre regímenes, la oferta comercial desmedida, que, a nivel de beneficio económico, en su momento, le ofrecieron cada una de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, y por la información insistente y reiterativa que cada asesor comercial, le proporcionó y vendió, la cual resultó inexacta y errónea,* resumida en que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que si fallecía antes de pensionarse la totalidad de dineros de su cuenta se entregarían a sus herederos, lo que no ocurría en el fondo público, que la mesada sería superior en el régimen privado y que tenía la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, sin mediar por parte de los asesores comerciales de las AFP, *una información adecuada y real sobre las implicaciones jurídicas y económicas que determinaría, a futuro, el reconocimiento y liquidación de su pensión de vejez, al cambiar de régimen pensional, ... tampoco le entregaron el material informativo y publicitario que hiciera referencia al reglamento de funcionamiento del fondo de pensiones y a las modalidades de pensión de vejez,... ni la información adicional por escrito sobre el traslado de régimen pensional y las consecuencias e implicaciones legales y económicas del mismo, frente a su situación pensional, es decir, no se le elaboró una proyección o cálculo de los posibles montos de la pensión de vejez que podría llegar a obtener en el RAIS y en el RPM, a fin de demostrarle efectivamente la conveniencia del traslado; es decir, no se llevó a cabo estudio previo, individual, profesional y detallado de su situación jurídica y*

económica frente al sistema general de seguridad social en pensiones, entregándosele solo copia de los formularios de afiliación que contienen una expresión genérica de su voluntad como afiliada, sin que ello implique *haber recibido información y asesoría amplia y suficiente para entender el significado y las consecuencias de su traslado del RPM al RAIS*, constituyendo el contenido del formato una simple formalidad, y si bien en todos existe una casilla con el concepto voluntad del afiliado, esta no tiene validez, porque no se materializó la exigencia del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Agrega que ninguno de los asesores le explicó el derecho de retracto en los términos del artículo 3º del Decreto 1161 de 1994; que no fue advertida por Colfondos S.A. del periodo de gracia entre el 29 de enero de 2003 y el 28 de enero de 2004, en que tenía la posibilidad de regresar al RPM. Que elevó derecho de petición a las accionadas solicitando simulador pensional, documentos, y nulidad del traslado, recibiendo como respuestas copias de los formularios y explicaciones de la forma en que se brindó la información, y la AFP Colfondos S.A., le proyectó mesada de cero pesos a los 57 años, realizándosele por consultor actuarial proyección en Colpensiones, a los 57 años de \$2.838.654. Para el año 2017 tenía un capital de \$175.626.775. Que con la proyección pensional petitionó a los fondos privados la nulidad de su afiliación y a Colpensiones el retorno al régimen público, lo que le fue negado. Insiste en la existencia de vicios en el consentimiento en los actos de traslado y movilidad entre administradoras del RAIS, y en el engaño de que fue objeto por parte de los asesores comerciales.

En auto del **06 de noviembre de 2018, se admitió y ordenó** dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación dentro del término para ello, las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Protección S.A., de los hechos acepta como ciertos la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación a esa sociedad el 30 de mayo de 2000, como traslado de administradoras del RAIS, el suministro del

formulario de afiliación, *pues para ésta época NO existía la obligación para las administradoras de conservar en sus archivos soportes documentales que dieran cuenta de las asesorías que se realizaban, deber que solo surgió con la Circular 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera; en ese entonces el proceder normal y legal era realizar asesorías verbales completas, integrales, detalladas y objetivas sobre el RAIS, el funcionamiento de las AFP, las implicaciones del traslado según la situación de cada persona, las diferencias con el RPM, los derechos y deberes del afiliado, la cual se extendía al formulario de afiliación, como manifestación de entendimiento y la voluntad de afiliarse; también es cierta la respuesta a derecho de petición frente a la nulidad del traslado. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, explicando que al momento de la vinculación a esa AFP se le dio a la actora la debida información, quedando en el formulario constancia expresa y escrita de su voluntad libre, espontánea y sin presiones, sin que a este documento pueda restársele valor legal, pues esa declaratoria fue firmada en pleno uso de sus facultades mentales, sin que exista monto alguno en la cuenta de ahorro individual, pues fue trasladado a la AFP a la que transitó dentro del mismo régimen. Manifestó **oposición a las pretensiones**, expuso los hechos y fundamentos de su defensa, y formuló las **excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a Porvenir S.A. y Colfondos S.A., prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.*

Skandia S.A. (Old Mutual), resiste las pretensiones que la afectan y no se pronuncia frente a las dirigidas contra las codemandadas. De los hechos, acepta la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a esa sociedad, recibiendo previamente la debida asesoría, la solicitud de simulador pensional, de documentos y nulidad de traslado remitida por la demandante, y la respuesta proferida. Los demás supuestos no son ciertos, no le constan o no son hechos, afirmando haber brindado a la actora la debida información y administrado correctamente los recursos de su cuenta

de ahorro individual en el tiempo en que perduró la afiliación a esa AFP, trasladando, con ocasión de su movilidad entre administradoras, el saldo total de su cuenta de ahorro individual. Expuso los fundamentos y razones de defensa y formuló las **excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago.

Colpensiones, no le consta ninguno de los hechos porque nada tienen que ver con esa entidad, **resistió las pretensiones** y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación de reconocer el traslado solicitado por la demandante, ausencia de causa para pedir, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas contra esa entidad y buena fe.

AFP Porvenir S.A., de los hechos acepta el derecho de petición sobre los tres puntos referidos en el hecho trece y la respuesta emitida; también es cierto el contenido del artículo 1508 del Código Civil en cuanto a los vicios del consentimiento; los demás supuestos no le constan o no son ciertos, explicando que previo al acto de vinculación de la afiliada a esa sociedad *se le brindó una debida asesoría... acerca de las características y funcionamiento del presente régimen, suministrándole para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS*, y así se infiere del correspondiente formulario, en el que consta la libertad y voluntariedad en la selección, cumpliendo con las exigencias legales de la época; manifestó **oposición a las pretensiones** dirigidas en su contra; expuso los hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y la innominada o genérica.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al RAIS mediante la

vinculación a distintas administradoras en las fechas relatadas, entre estas a esa AFP en dos oportunidades, agregando que *antes, durante y después de la eventual afiliación, brindó de manera clara, concisa, pertinente, clara y comprensible a la actora toda la información con relación a las implicaciones del cambio de régimen pensional y entre administradoras de pensiones, esto es, las ventajas, desventajas, diferencia de los regímenes pensionales, derecho de retractación, las diferentes modalidades de pensión, que es el bono pensional y demás características propias del RAIS*, suscribiendo el correspondiente formulario, en los términos previstos por los Decretos 1642 de 1994 y 692 de 1994, art. 11, con casilla expresa de libertad y voluntariedad en la selección, explicándosele la forma de construir la pensión en el RAIS y la posibilidad de pensión anticipada cuando contara con capital necesario para financiar mesada equivalente al 110% del salario mínimo, siendo a esta entidad a la que continua haciendo aportes. De los restantes supuestos unos no son ciertos y otros no le constan por estar referidos a otras entidades. **Se opuso** a la prosperidad de las súplicas que la comprometen. Expuso los hechos y razones de su defensa y formuló las **excepciones** de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, declarando la **ineficacia del traslado o afiliación** de la demandante al RAIS, administrado por Colpatria S.A. hoy **Porvenir S.A.**, realizado el 11/07/1997, e igualmente quedan sin eficacia jurídica las afiliaciones a las sociedades **Protección S.A., Colfondos S.A., Horizonte hoy Porvenir S.A. y Skandia S.A.** y en consecuencia se genera el regreso automático o la afiliación al RPM que administra Colpensiones, sin solución de continuidad. **Ordenó a Colfondos S.A. Pensiones y**

Cesantías, que como consecuencia de esta decisión, devuelva o retorne a Colpensiones a su satisfacción o equivalencia, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, pagos de seguros y reaseguros y pagos destinados a garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde su causación hasta el momento del pago. **Ordenó a las sociedades Horizonte hoy Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. – antes Old Mutual**, que dentro del término de 30 días hábiles retornen a Colpensiones, a su satisfacción o equivalencia, los gastos pagos o comisiones de administración, pagos de seguro y reaseguro y garantía de pensión mínima debidamente indexados desde su causación hasta el pago a Colpensiones. **Ordenó a Colpensiones**, que como consecuencia de la declaración de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, la tenga como su afiliada y le brinde todas las garantías de la vinculación, ajuste el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad y reciba los valores indicados. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las accionadas. Impuso condena en costas a **Porvenir S.A.**, fijando el monto de las agencias en derecho a favor de la actora en la suma de \$3.500.000,00 y dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Argumentó el fallador que las AFPs no demostraron el cumplimiento del deber de información exigido por las normas vigentes para el momento de migración de la demandante del RPMPD al RAIS, o afiliación inicial, ni se realizó re asesoría en la que se le ilustrara de manera amplia, suficiente y de manera oportuna, sobre la dinámica del Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el de Prima Media, adicional a que no se le acompañó durante toda su vinculación, y el hecho de que la afiliada no haya buscado asesoría, no desliga a las entidades de acreditar los deberes que le correspondían, y tampoco el tránsito entre administradoras, ni los actos de

relacionamiento sanean las falencias en la ilustración, razón por la que no puede hablarse de una libertad informada en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que conlleva la imposición de la sanción de ineficacia establecida en el artículo 271 del mismo estatuto, de acuerdo con las subreglas de la jurisprudencia especializada, con las consecuencias ya indicadas, debiendo Colpensiones recibir las sumas a satisfacción y equivalencia, sin que opere el fenómeno extintivo de la prescripción, al estarse ante una pretensión declarativa.

Inconformes las demandadas con la decisión, interpusieron **recurso de apelación**, así:

Colfondos S.A., en forma parcial, frente a los conceptos que se ordena devolver, relacionados en el numeral segundo, pues no se puede incluir dentro de estos el porcentaje destinado a pagar pólizas previsionales porque estas son de tracto sucesivo, causadas con la periodicidad de ley, luego, los no reclamados en tres años están prescritos; además no son factor de financiación de la pensión en el RPM y la actora estuvo y ha estado amparada en los riesgos de invalidez y muerte durante la permanencia de su vinculación a Colfondos y lo estará hasta la ejecutoria del fallo, cumpliendo la contratación de pólizas previsionales su destinación, sin que sean un descuento arbitrario, sino impuesto por ley, estando en poder de terceros no comprendidos en el litigio, vulnerándoseles así el derecho de defensa y el debido proceso, al igual que a la AFP. Pide absolver de este concepto.

Para la profesional tampoco es **procedente y pide revocar, la orden de indexar los gastos de administración y lo destinado a pagos de seguros previsionales y el tema de garantía de pensión mínima**, en la medida en que con los rendimientos generados quedó más que compensado este concepto, además no fue solicitado en la demanda, ni por

Colpensiones, transgrediéndose el principio de consonancia de la sentencia con las pretensiones, el derecho de defensa y el debido proceso, máxime cuando según las consideraciones de la parte motiva se impone esta condena a título de perjuicios sin que se hubieren reclamado en las pretensiones, ni hubiere sido Colfondos quien materializó la afiliación de la demandante al RAIS.

Respecto al recibo de los aportes a satisfacción y equivalencia de Colpensiones, esta orden debe revocarse porque también se desbordaron las pretensiones y no fue solicitada, además los dineros de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos son superiores a los que hubiese generado Colpensiones o el ISS sino se hubiere dado el traslado, teniendo en cuenta que esta AFP genera el doble de la rentabilidad mínima exigida a los fondos privados y en todo caso la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010, le impuso la obligación al ISS hoy Colpensiones de informarle al afiliado cual era la diferencia del valor de los aportes del saldo a trasladar para que el interesado la asuma, por lo que de presentarse alguna diferencia estará a cargo de la demandante.

Skandia S.A. antes Old Mutual S.A., impugna también parcialmente la orden de devolver las cuotas o gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la actora, los cuales deben ser debidamente indexados, pues el art. 20 de la Ley 100 de 1993, literal b), indica que en ambos regímenes se descuenta del aporte el 3% para gastos de administración, seguros de Fogafin, y seguros de invalidez y sobrevivencia, y el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, habla de la distribución de las cotizaciones con cuentas separadas de reservas para pensión de vejez y gastos de administración, creándose obligaciones a cargo de los fondos privados, como son administrar la cuenta de ahorro individual de los afiliados, garantizar una rentabilidad mínima, consolidar la historia laboral, entre otros, y si bien es cierto las pretensiones giran en torno declaratoria de

ineficacia, y la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la consecuencia es el retorno de las cosas al estado anterior, se debe hacer una ponderación objetiva en el tema de restituciones mutuas, de la confianza legítima, y de la buena fe que ostenta la AFP, pues Skandia mientras perduró la vinculación de la demandante, administró de forma correcta su cuenta de ahorro individual y se aportó certificado de traslado de su saldo en su debido momento a Colfondos, que fue la entidad a la que posteriormente se trasladó; **en segundo** lugar la comisión de administración está encaminada a retribuir las actividades de las entidades del sistema de seguridad social en pensiones, dentro de las cuales está esa AFP, por lo que hay que tener en cuenta que esta comisión no es del afiliado, no está destinada a financiar la pensión de vejez, se descuenta en los dos regímenes, y la ley dispone este porcentaje a favor de las administradoras, por lo que devolver este rubro sería generar un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones y un pago de lo no debido porque está recibiendo un dinero del cual no realizó función de administración como lo dispone la Ley. También quedó acreditado con la prueba documental que la AFP cumplió con obligación de generar una rentabilidad de acuerdo con las directrices legales, por lo que la devolución de la comisión por administración quebranta el principio constitucional de buena fe, confianza legítima y debido proceso, ya que es una suma que tiene un titular definido legalmente, pues la AFP llevó a cabo la administración y labores frente a los dineros de la cuenta de ahorro individual, por lo que no es viable devolver este valor a Colpensiones, máxime, se insiste, cuando estos dineros generaron unos rendimientos que beneficiaron a la demandante directamente. **Sobre las primas de invalidez y sobrevivencia, tampoco es procedente** que se daba asumir por la AFP, al haber tenido la demandante cobertura durante la vinculación a los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Y **en cuanto a la indexación de esta sumas**, conforme lo indica la sentencia 161 de mayo 13 de 2010, magistrado Edgardo Villamil Portilla, la define como la actualización monetaria que pretende mantener

en el tiempo el valor de la moneda envilecida por economías caracterizadas por la inflación, debiéndose efectuar el pago íntegro de la obligación y la Ley 100 de 1993 art. 101 habla de rentabilidad mínima que deben garantizar las AFP, siendo esta rentabilidad incompatible con la indexación porque los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados. Pide revocar la decisión en este apartado.

Protección S.A.. Parcialmente frente a la orden de devolución de las comisiones de administración. Pues se debe tener en cuenta que la deducción de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó con base en una disposición válida, exigible aplicable y vigente, no por capricho de la AFP y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual. En el hipotético caso que se asuma que Protección no realizó la gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos, se debe proceder con el retorno de los rendimientos mientras estuvo afiliada y que fueron trasladados a Colfondos, pues estos se generaron producto de la buena gestión y en ese sentido solo habría lugar al traslado de aportes sin los rendimientos. Además, en caso de declararse la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que se deben devolver los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, sin los rendimientos generados, porque solo se producen en el RAIS por mandato de la Ley, y de haber permanecido en el RPM no hubiere ostentado tales rendimientos. **En lo atinente a la prima de seguros previsionales,** fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos riesgos, la prima fue pagada mes a mes a las aseguradoras durante el tiempo de afiliación de la demandante, estando la AFP imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, pues la aseguradora

es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección.

Porvenir S.A. contra la totalidad de la sentencia, porque las consideraciones adoptadas que determinaron la ineficacia del traslado se fundamentaron principalmente en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, dejándose de lado un aspecto principal y es la calidad o situación fáctica que soportó la demandante, pues tal como se manifestó, no es lo mismo las facultades o perjuicios causados al afiliado al momento de tener o ser beneficiario de derecho pensional o beneficio pensional al momento del traslado que conlleva la renuncia o pérdida de los mismos, o de condiciones pensionales que afectan su situación en un futuro, lo que se ha puesto de presente por la alta Corporación para hacer el traslado automático de la carga de la prueba frente a la primera etapa del deber de información. Para el caso concreto de la actora no renunció a ningún tipo de beneficio pensional, para llegar a la conclusión de que se le generó un perjuicio al momento del traslado de régimen, y atendiendo a que fue a este acto jurídico al que se le restó importancia para declarar la ineficacia, a la demandante no se le generó perjuicio. El efecto de que situaciones acaecidas en un futuro llevaran a la variación del monto de la mesada pensional, que es el motivo principal por el cual pretende trasladarse de régimen, diferenciado con el RPM, no puede conllevar la ineficacia del traslado, porque la constitucionalidad y legalidad de cada uno de los regímenes está actualmente vigente, sin que puedan desconocerse las características del RAIS, e igualmente que la demandante suscribió varios formularios con los que ratificó la permanencia en el RAIS, y si ello no es un acto de ratificación del acto jurídico, que puede llegar a serlo?, cuando con ello el afiliado entiende y consiente cada vez su permanencia en el régimen. No pueden **dejarse de lado los actos de relacionamiento frente a estos traslados horizontales como lo manifestó la Sala de Descongestión en sentencia SL 3852-2020,**

porque son circunstancias que ponen condiciones diferentes a la línea jurisprudencial expuesta al respecto.

A ello se suma que aparte del formulario de afiliación no existe una documental adicional que pueda exigirse a la administradora de pensiones, porque ni la ley ni la jurisprudencia preveía dejar escrito que respaldara la información, partiéndose de la inexistencia de tales documentos del no cumplimiento del deber de información, como si las AFP actuaran de mala fe, cuando ello debe probarse por la demandante, sin que pueda accederse a las pretensiones sin esfuerzo adicional, y además se imponga la condena a gastos de administración, porque si bien los falladores laborales tienen facultades ultra y extra petita, están limitadas conforme al art. 50 C. P. T., debiendo el tema ser debatido sin que los gastos de administración quedaran probados, máxime cuando estos cobros están legalmente autorizados, **desconociéndose con la orden de indexación** que las administradoras del RAIS generan rendimientos financieros sobre los aportes, beneficiándose con todas las condenas en absoluto a la parte actora y en ningún aspecto se piensa en la AFP, recuérdese que la ineficacia no existe en la vida jurídica pero se reconoce el efecto de retrotraer los rendimientos financieros, generándose un enriquecimiento sin justa causa, pues se ordena también la devolución de los gastos de administración y primas de seguro, cuando durante la vigencia de la afiliación se ha visto beneficiada la demandante, sin que haya línea de argumentación para imponer este tipo de condena cuando no se soportan los supuestos facticos para el caso concreto, y no existe coherencia frente a aspectos de aplicar la ineficacia como acción civil o comercial propiamente bajo algunos aspectos como debió ser dentro de lo que genera la naturaleza del traslado de régimen y no de manera absoluta como se ve en este caso, por lo que pide revocar en su integridad la decisión y en su lugar absolver a esta AFP de las condenas impuestas.

Colpensiones. Solicita revocar la sentencia pues no es procedente anular la afiliación de la demandante por encontrarse dentro de la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, impartirse decisión favorable desconoce la Constitución Política, la sostenibilidad financiera, artículo 48 Superior, adicionado A.L. 01 de 2005, esta declaratoria de ineficacia pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, teniendo este tipo de decisiones un impacto fiscal en Colpensiones que se puede traducir en la descapitalización del régimen de prima media, permitiendo que personas que no contribuyeron a su financiación se beneficien del ahorro comunitario, pide revocar la decisión y se exonere de toda responsabilidad a esta entidad.

En favor de **Colpensiones** se conoce también en grado jurisdiccional de consulta.

De la oportunidad para presentar alegatos ante esta instancia hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, ratificando lo manifestado en el escrito de contestación y las pretensiones de la actora, destacando que es un principio general del derecho que quien alega debe probar, lo que ilustra con aparte de la sentencia C 086 de 2016; y si bien existe intervención y asesoría de las AFP que podrían generar un vicio en la voluntad de traslado, ello debe demostrarse, de lo contrario predominarían las conjeturas o suposiciones, sin que sea factible considerar a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, pues la misma ley previó deberes que deben observar, y en el caso no se evidencia dolo, culpa, ni se forzó a la actora al cambio de régimen, siendo tal acto libre y voluntario, lo que se ratificó con sus cotizaciones, como se explica en sentencia SL 413-2018, y con los actos de **relacionamiento; y adicionalmente realizó traslados entre fondos privados**, infiriéndose que tenía la capacidad de discernir cuál de los dos regímenes le era más favorable, cumpliéndose los requisitos del artículo 1502 del Código Civil para que el traslado sea válido,

debiendo probarse por la demandante la mala fe de la sociedad demandada frente al acto de afiliación, esto es, que se procedió con temeridad o engaño y tenerse además en cuenta la legislación vigente para ese momento, citando las etapas del deber de información y normas que lo han regulado, recayendo el incumplimiento de obligaciones única y exclusivamente en la AFP y no en el ISS, quien por el contrario permitió la libre escogencia y tránsito entre regímenes de los afiliados. Transcribe aparte de sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, de la que no indica fecha, pero si número de radicación, y también trae a colación apartes de la sentencia C-789 de 2002 y T-489 de 2010, frente al tema de la sostenibilidad financiera y la finalidad de las restricción de 10 años para movilidad entre regímenes, concluyendo que Colpensiones no incumplió ningún mandato constitucional o legal, que el traslado de la demandante y movilidad entre administradoras del RAIS fue libre y voluntario, que de acuerdo a la sentencia C 1024 de 2004 se debe dar la mejor utilización económica a los recursos administrativos y financieros del sistema para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social, por lo que solicita **revocar la decisión de primer grado** e impartir absolución a esa entidad.

El apoderado de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, remitiéndose a los argumentos expuestos al sustentar la alzada, teniendo en cuenta los errores en que incurrió el a quo, insiste en la petición de revocar la indexación, citando sentencias de la magistrada María Eugenia Gómez Velásquez del 15 y 28 de marzo de 2022, del magistrado Carlos Alberto Lebrún Morales del 24 de marzo del mismo mes y año; del magistrado Carlos Jorge Ruiz Botero del 24 de febrero de 2022; y del magistrado Víctor Hugo Orjuela Guerrero del 19 de noviembre de 2021, reiterada el 13 de febrero de 2022.

La **apoderada judicial de la demandante**, argumenta que atendiendo la dinámica procesal y probatoria materializada en el trámite, de conformidad con los supuestos facticos del libelo introductor, en concordancia con las normas legales (arts. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993), y la línea de la jurisprudencia especializada, de la que cita algunas radicaciones del 2019, encuentra demostrado que el traslado entre regímenes efectuado por la demandante fue ineficaz por haberse faltado por Provenir S.A. al deber de información y buen consejo; que la referida AFP no acreditó la debida información y por el contrario, su asesor, al momento de la ilustración inicial, no analizó su historia laboral, ni le brindó suficiente información sobre las modalidades de pensión en el RAIS, reglamentación y funcionamiento de los fondos privados y requisitos que debía acreditar, sin que tuviera oportunidad de dimensionar, comprender o entender las consecuencias jurídicas que a futuro le impactarían por la decisión que estaba tomando, ni de la suscripción del formulario se infiera la debida ilustración, afirmación a la que da linaje con cita jurisprudencial, solicitando luego, confirmar en su integridad gramatical las decisiones declarativas y de condena de la sentencia revisada.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

De acuerdo con el recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si se cumplen los supuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada para declarar la ineficacia del tránsito del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante, y posterior movilidad entre todas las administradoras dentro de este último, y como consecuencia de ello, disponer su vinculación al primero, sin solución de continuidad, con las restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden, e igualmente, si hay lugar o no a la actualización de estos.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994 y la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, **sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022),

tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Agregándose que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que tengan acogida en esta instancia los argumentos expuestos por los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y de Colpensiones, al sustentar la alzada, pues aunque se afirma el suministro de la debida información, en los términos exigidos por la legislación vigente al momento de la vinculación de la demandante a Porvenir S.A., por esta y las demás AFP vinculadas por pasiva solo se trajeron los formularios de vinculación, no obstante, con ellos no se demuestra la ilustración brindada, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencia SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario.

En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba.

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Porvenir S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o

desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno. Subrayado fuera del texto.

Adicional a que en sentencia SL1217 de 2021, se dijo:

"Sea lo primero señalar que conforme al reiterado criterio de esta Sala la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

En efecto, sobre el particular esta Corporación ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En las más recientes providencias, la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente cada vez con un mayor nivel de exigencia, al punto que ha identificado tres etapas que históricamente, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante."

Véase igualmente la sentencia SL145-2021, SL3168-2021, SL3199-2021 y SL3202-2021, entre otras.

Explicándose también por la jurisprudencia especializada que:

...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. Ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021.

Tampoco se logra la convalidación del acto viciado con circunstancias posteriores como los traslados entre administradoras del RAIS, o con la

abstención de ejercer el derecho de retracto, punto explicado en los siguientes términos:

Del mismo modo, considera la Sala desafortunado que el Tribunal entendiera que la actora convalidó su traslado al RAIS, por abstenerse de ejercer el derecho de retracto y efectuar múltiples traslados entre administradoras, por cuanto ello no contrarresta y mucho menos neutraliza el incumplimiento del deber de información exigible a la administradora privada de pensiones, el cual debe ser oportuno e integral al momento del traslado. Ver, entre otras, sentencias SL2952-2021 y SL 5704-2021.

Cabe también advertir que no es posible entender saneada la falta de información, bajo la tesis de los actos de relacionamiento con fundamento en sentencias de la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral, que no tiene dentro de sus facultades la del cambio de jurisprudencia, **como se explica en sentencia de tutela STP15228 del 07 de septiembre de 2021, proferida por la Sala de Casación Penal**, en la que justamente deja sin efecto tal argumento, siendo clara la jurisprudencia de la Sala titular del órgano de cierre de la especialidad laboral en advertir que **el traslado de régimen es un acto expreso** que no se convalida por inferencias o suposiciones, (ver sentencia **SL1055-2022**), **y tampoco es posible afirmar que es la diferencia de mesada el móvil de la acción**, sobre ambos temas, la sentencia SL1055 de 2022, en proceso en que una de las demandadas es la **AFP Porvenir S.A.**, explica:

Ahora, si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias. Negrillas intencionales.

Luego, contrario a lo afirmado por los parte recurrentes, no se avizora en los autos, la demostración del cabal cumplimiento al deber de información, en tanto, no se trajo al plenario ningún medio que demuestre la asesoría clara, veraz, oportuna, suficiente, comprensible al momento de realizarse el acto de traslado, ni tampoco para las fechas de movilidad entre

administradoras, ni soporte de la información, el que deben conservar las AFP en los términos del artículo 38 del Decreto 692 de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas que permitan reconstruir dicha información, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, no se allegó ningún medio de convicción sobre el particular, sin que se satisfaga tal exigencia, como ya se dijo, con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad pero no la debida ilustración, ni tampoco baste exponer algunos beneficios del RAIS, toda vez que debe explicarse con claridad la forma en que se financia la pensión y establecerse la capacidad de ahorro constante del afiliado, al ser el RAIS un régimen caracterizado por la capitalización de recursos, debiendo existir claridad frente al tipo de prestaciones, modalidades de pensión, forma de financiación y métodos de cálculo, incidencia del mercado financiero en los saldos de la cuenta de ahorro individual, entre otros, y sin que sea obligación de la demandante ilustrarse sobre el particular, al ser las AFP las entidades especializadas en el tema.*

Por lo que razón le asistió al a quo al declarar la **ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS**, al obrar en el plenario certificación de vinculación a Colpensiones, **y si en gracia de discusión ello no hubiere acontecido**, las normas no diferencian los requisitos para predicar libre selección en la afiliación inicial o en el tránsito entre regímenes, por lo que se debe ordenar la incorporación de la actora al **Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, quedando sin efecto la vinculación a la **AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., y la movilidad posterior a Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A.**, siendo la consecuencia

la vuelta de las cosas al estado anterior, explicándose por el órgano de cierre de esta especialidad que en estos casos:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones económicas, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, advirtió:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

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 el 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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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. Lo que desvirtúa la argumentación del a quo sobre el particular.

Y concluye la Corte:

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos

financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Y en sentencia SL 081 de 2021, se reitera:

Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también aparece que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías... deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones... tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad.31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“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.

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (fl. 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Puntualizando:

se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones ... los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar, entre otras, en la sentencia SL587 de 2021, SL3202 de 2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022, por lo que acogiendo por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad los planteamientos de los apoderados de las **AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A.**, tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima*, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Sin que se superen en este caso tales supuestos, sino que por el contrario la identidad fáctica de los casos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, por lo que se mantienen las restituciones económicas en la forma indicada por la primera instancia para todas las AFP, sin equivalencia alguna, pues no se puede entender que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes y que el fondo adelantó una correcta gestión de administración, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó, pues recae en cabeza de las administradoras el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría a la parte demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelvan todos los conceptos, **sin que haya lugar a descuento ni equivalencia alguna**, ni sea la demandante quien deba completar la diferencia, al analizarse en este caso la **ineficacia del traslado por falta al deber de información**, y no el retorno al régimen público por satisfacer los requisitos para el beneficio de la transición en los términos explicados en la sentencia SU062 de 2010, citada por la apoderada de Colfondos S.A..

Cabe agregar que si bien en el mes de enero de 2004, los fondos privados efectuaron publicación conjunta de comunicado de prensa sobre la posibilidad de retorno al régimen público, no está demostrado que esta haya sido conocida por la demandante, y aun de ser así, tampoco sería suficiente para afirmar el cabal cumplimiento al deber que se echa de menos, pues se debe brindar información clara, veraz, completa, comprensible y transparente y no simples expresiones genéricas.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la asegurada, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"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 el demandante en el régimen de prima media con prestación definida..."*:-

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

Adicional a lo anterior, en sentencia con radicación 31989 de 2008, se indica que el fondo debe retornar todos los valores, incluidos los rubros descontados por gastos de administración, haciendo salvedad en relación con los valores a compensar por el afiliado que recibió mesadas de buena fe, textualmente se explica:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de

buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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. Negrillas fuera del texto.

Y en cuanto a la orden a las AFP **de indexar** los valores descontados por **gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, los cuales deberán asumir con cargo a sus propios recursos, debe decirse que se encuentran acorde con la modificación reciente efectuada por la Sala de Casación Laboral sobre el particular (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**), por lo que se mantiene dicha orden, debiéndose agregar que contrario a lo expuesto por las recurrentes, el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es pacífico y reiterado en este tema, por tal debe adoptarse en asuntos como el que hoy

se convoca, pues si bien la jurisprudencia no es Ley, no puede desconocerse que es una fuente formal del derecho, adicional a que el artículo 230 de la Carta Superior dispone: *Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*, sin que tal actualización comporte una condena adicional **y menos el reconocimiento de algún perjuicio como en forma unánime se argumenta por las AFP al sustentar la alzada**, sin ofrecer ningún argumento que permita la variación de tal criterio, razón por la cual se confirma la decisión en este punto.

Se indicará igualmente que al momento de cumplirse la orden impartida, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También, es pertinente advertir, que los rubros antes mencionados no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento de la prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterio ya expuestos de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral no se extingue por el transcurso del tiempo, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada y como consecuencia se dispone su restitución, en los términos expuestos en primera instancia.

No sobra precisar, que el fundamento de esta decisión tiene como base primordial que las administradoras de pensiones no asumieron su deber de asesoramiento claro, veraz y suficiente, siendo su responsabilidad, en virtud de su doble calidad de sociedad de servicios financieros y entidad de seguridad social, siendo más riguroso, en tanto de su ejercicio dependen claros intereses sociales, como la protección a la vejez, invalidez y muerte y su omisión conlleva la ineficacia del traslado declarada en primera instancia, y

no el hecho de que la actora pueda tener un mayor monto de la pensión en el régimen de prima media que en el de ahorro individual, y si bien no se desconoce que en su interrogatorio afirma que es esa una de las razones para promover esta acción, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016, lo que se ajusta además al principio de la dignidad humana, fundante del Estado Social de Derecho (art. 1º de la Constitución Política), y del sistema integral de seguridad social (art. 1º ley 100 de 1993).

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas **Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones** a quienes resulta adverso el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 para cada una y a favor de la demandante.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Luz Miryam Arbeláez Salazar**, en contra de **Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones**, **revoca** lo atinente a **equivalencias** en las restituciones económicas ordenadas a las AFP pues no hay lugar a ellas; se mantiene la orden a **Porvenir S.A., Protección**

S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., de indexar los valores correspondientes a comisiones de administración, porcentaje descontado para seguros previsionales y para el fondo de garantía de pensión mínima, complementándose para indicar que al momento de cumplirse esta decisión por las AFP los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En lo demás **confirma.**

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas **Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones** a quienes resulta adverso el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 para cada una y a favor de la demandante.**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día,** en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado