



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diecinueve de julio de dos mil veintidós

21-309

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **CARLOS ALBERTO RIOS LOPEZ**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR**
Radicado No.: 05001-31-05-021-2019-00501-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCION y PORVENIR S.A contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia

Conforme memorial allegado se reconoce personería para representar los intereses de COLPENSIONES al Dr JUAN PABLO SANCHEZ CASTRO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 1.128.391.508 y portador de la tarjeta profesional No. 199.062 del Consejo Superior de la Judicatura conforme sustitución de poder que les hizo el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, identificado con c.c. 71.379.806 y tarjeta profesional número 198.214 del C.S. de la J., en su calidad de representante legal para procesos de Colpensiones de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S., con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP.

El Magistrado del 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 021** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante, tras la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado a las administradoras del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de su cuenta de ahorro individual. Consecuencialmente solicita que se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 24 de noviembre de 1990.
- ✓ Que estuvo afiliado en el RPM desde 20 de octubre de 1978 hasta febrero de 1998.
- ✓ Que se afilió con la AFP PROTECCIÓN a partir de mayo de 1998.
- ✓ Que para diciembre de 2007 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR.
- ✓ Que en ninguno de los fondos en los cuales estuvo afiliada le informaron las condiciones que con llevaba dicho traslado, ni las diferencias entre ambos regímenes, frente a la edad, monto, capital, y demás requisitos referentes a su pensión de vejez.
- ✓ Que no fue re-asesorado previo al cumplimiento de los 52 años.
- ✓ Que solicitó ante las AFP PORVENIR y PROTECCIÓN, dejar sin efecto tales afiliaciones
- ✓ Que de igual manera solicitó ante COLPENSIONES el 22 de agosto de 2019 que dejara sin efecto la afiliación del RAIS y como consecuencia reactivara su vinculación con el RPM teniendo como respuesta negativa por parte de esa misma entidad.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Se pronunció COLPENSIONES aceptando como ciertos la fecha de nacimiento del actor, la fecha de traslado al RAIS y lo atinente a la reclamación administrativa ante esa entidad, frente a los demás indicó que no le constan o no se trata de hechos por lo que deben ser objeto de debate probatorio.

PROTECCIÓN por su parte indicó que solo aceptaba como cierta la fecha de nacimiento del actor. Por otro lado, indicó que la fecha alegada a esa entidad era errónea, y que de todas formas el accionante fue informado de manera objetiva e integral sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM exponiendo algunas características que enlista.

PORVENIR S.A. afirmó que la afiliación del demandante con esa entidad fue producto de una decisión libre y espontánea, después de una asesoría suficiente y eficaz como se aprecia en solicitud de vinculación, que de igual manera las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el RPM como en el RAIS se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que las partes puedan pactar condiciones diferentes.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo los rendimientos financieros y a PROTECCION S.A. le ordenó trasladar a la misma administradora del Régimen de Prima Media las cuotas de administración y las sumas de seguro previsional descontadas de los aportes realizados en favor del demandante durante el tiempo en que estuvo afiliado al RAIS.

De otro lado condenó a PROTECCIÓN S.A a pagar las costas del proceso a favor del demandante, fijando las agencias en derecho de un SMLMV al momento de proferirse la sentencia de primera instancia.

Dentro del término concedido por la ley, PROTECCIÓN y PORVENIR interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Aunque se sujetó en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, adujo que las mismas resultaban insuficientes, debiéndose además acudir a lo normado en el art. 272 de la Ley 100 de 1993 y el art. 53 de la Constitución Política, dado que según la proyección realizada, existía una diferencia porcentual en el monto de la mesada que percibiría de uno y uno régimen, lo que implicaría una disminución ostensible de los ingresos que menoscabaría derechos como la seguridad social y mínimo vital del demandante, por lo que consideró procedente inaplicar la prohibición de traslado contenido en el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. APELACIÓN DE PORVENIR

Solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, respecto a la declaratoria de la ineficacia del traslado, que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la obligación de las AFP privadas de traer pruebas al proceso que constaten la información que se le brindó a los afiliados al momento del traslado, a su criterio, no se puede aplicar de manera indiscriminada ese criterio y establecer obligaciones que legalmente no eran exigibles a esa entidad para el momento del traslado inicial de la parte demandante, sostuvo que si bien consta esa obligación de brindar información, situación que no ha sido desconocida por los fondos privados, lo cierto es que esa suscripción o esa afiliación al régimen de ahorro individual, solamente se materializaba mediante la suscripción del formulario de afiliación que era un documento que en ese entonces era autorizado por la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual no pasaba la obligación dejar documento adicional al formulario de afiliación ya que esa obligación solamente surgió a partir de la Ley 1748 de 2014 y no para el momento del traslado inicial, añadió que esos documentos de afiliación, auténticos, que no fueron tachados ni objetados por las partes, requisitos que estaban vigentes para ese momento para entender que el traslado surgió a la vida jurídica en forma válida y efectiva, mencionó las sentencias de la Corte Suprema de Justicia específicamente la SL 3752 de 2020 y SL 1061 de 2021 ambas con ponencia de la doctora Ana María Muñoz Segura, donde manifestó que precisamente a través de los actos de relacionamiento que ejecutó el actor, se puede constatar que el adquiere conocimiento con relación al funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y que pese a ello y teniendo conocimiento del funcionamiento del mismo, no hicieron uso de la facultad para retornar a COLPENSIONES, que con el traslado horizontal, encuentra razón por la cual lugar no hay lugar a declarar la ineficacia de estos traslados.

2.2.2. APELACIÓN PROTECCIÓN

Se opuso en cuanto a devolver las cuotas de administración, señaló que se le está imponiendo como sanción asumir de su propio patrimonio recursos o cuotas de administración descontadas por otros fondos de administración. Afirmó en igual sentido la comisión de administración son un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, normas que de manera expresa han venido facultando a los fondos de pensiones a realizar el descuento por 3% sobre el 16% del aporte

realizado, este descuento es claro para todos que opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual y como obra prueba en el expediente certificado de aportes trasladados con destino a PORVENIR, lo que a su criterio demuestra que la cuenta de ahorro individual del demandante obtuvo rendimientos financieros frente lo ahorrado por aporte obligatorio. Dijo que con la sentencia de primera instancia que está ordenando a PROTECCIÓN devolver lo descontado por comisión de administración y excesiva devolver lo descontando también a PORVENIR por cuotas de administración y primas de reaseguro del año 2014 y hasta la fecha se está constituyendo un enriquecimiento sin causa no solo a favor de COLPENSIONES sino a favor de PORVENIR, porque es que ambos están recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de los demandantes, y adicionalmente se le están trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual por la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, situación que incluso faculta a la AFP a conservar a su favor.

Manifestó que el sustento jurídico de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es el artículo 1746 del Código Civil, y que a su criterio, la aplicación de esta norma en este tipo de proceso se ha venido dando incluso violando el principio de INESCINDIBILIDAD de la ley, porque se viene aplicando de manera parcializada esas consecuencias en el derecho laboral y que adicionalmente la norma lo que consagra es que las cosas volvieran al estado en que se encontraban, sin perjuicio incluso de las restituciones mutuas que deben de hacerse, recociendo que lo exigido es que no nazca a la vida el acto jurídico de afiliación y que por ello no haya descuento de las cuotas de administración, sin embargo considera nuevamente que si están teniendo efecto jurídico los rendimientos financieros que se están ordenando trasladar con destino a la administradora que ahora va a recibir el afiliado.

Añadió que, si la consecuencia de la ineficacia de la filiación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se producirían las siguientes consecuencias: El contrato de afiliación no existió, Protección no debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos de la cuenta de ahorro individual no se hubieran causado, no existió el cobro de una comisión de administración

Retomó manifestando que ese mismo artículo 1746 hablar de las restituciones mutuas, frutos e intereses y abono de las mejoras, que con base a eso, se debe entender que aunque se declarara una ineficacia o una nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió el contrato afiliación no se puede desconocer que él bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, concluyendo que le asiste razón en conservar la comisión de administración producto en la buena

administración de esa AFP en la cuenta ahorro individual, sí efectivamente hizo rentar el patrimonio de la cuenta de la demandante como se evidencia en el proceso.

Anudó que hay dos partes que se han venido defendiendo en este proceso y que son dos partes que han venido realizando este descuento de conformidad con la ley, por ende no hay sustento jurídico alguno para que esa entidad sea quien asuma la totalidad de los cobros de las cuotas de administración y primas de reaseguro. Frente al seguro previsional, manifestó que ya fue girado 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 conceptos, resaltando que la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante todo este tiempo y Protección se encuentra imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, agregando que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el acto suscrito entre el demandante y Protección.

Resaltó que frente al cobro de 3% destinado por comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional, opera la prescripción, ya que son conceptos que se van contando en la periodicidad que impone la ley y no financia directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo De Trabajo en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral y De La Seguridad Social, los cuales establecen que en el transcurso del tiempo de tres años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado.

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 del 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 a las AFP accionadas retornar, analizando lo atinente a las cuotas de administración y si las mismas están prescritas.

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 alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado***. (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 2 de abril de 1998 cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl 11 del archivo 8 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador.

Expresamente el señor CARLOS ALBERTO RIOS LÓPEZ en el aludido interrogatorio expuso que es bachiller y que actualmente labora en la parte de dirección, producción y elaboración de programas de radio y televisión, sobre su traslado primigenio rememoró que para esa época laboraba en una emisora llamada Veracruz Estéreo y desde la gerencia de esa empresa les hablaron y enviaron los formularios de afiliación al fondo privado, al no comprender acerca del tema accedió a firmar dicho documento, sostuvo que ninguno de los fondos del RAIS le brindaron alguna charla, reunión,

extractos o demás documentos que le hablaran de las diferentes características del régimen privado, pues de hacerlo, señaló que hubiese sido más cuidadoso al hacer ahorros o aportes voluntarios.

Sobre la **MOVILIDAD**, dijo que para ese entonces ingreso a laborar en una emisora llamada Santa María de la Paz, la cual al momento de hacer su vinculación laboral le suministró documento de afiliación para estar en un fondo privado, que esta vez era HORIZONTE.

Destáquese que el 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 de asesor.

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN, el demandante no fue informado sobre las implicaciones de su traslado, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. 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 tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que lograra alcanzar durante su vida laboral

Por consiguiente, es claro que 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 el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, 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 del señor CARLOS ALBERTO RIOS LÓPEZ, quien se afilió con PROTECCIÓN el 2 de abril de 1998 (fl 11 del archivo 8 del expediente digital) y luego el 7 de diciembre de 2007 con HORIZONTE hoy PORVENIR en virtud de fusión por absorción (fl16 del archivo 14 del expediente digital) entidad en la que actualmente permanece, 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.

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 del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarreará a las administradoras del RAIS accionadas, a trasladar a COLPENSIONES **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** la decisión adoptada por el fallador, quien ordenó a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, y a PROTECCIÓN todos las cuotas de administración y las sumas de seguro previsional, desconociendo el claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre al ordenar la devolución de los tres conceptos mencionados (gastos, seguros, fondo de garantía), a cargo de cada fondo y exclusivamente por el tiempo que permaneció afiliado en aquel, sin miramientos a cuál fue el primigenio, y aunque evidentemente Porvenir S.A. no fue la que propició el cambio de régimen, y por ello NO se esperaba la misma tecnicidad de información, tal circunstancia en parte alguna implica que para esta desaparezca ese deber de información, cuyo cumplimiento NO acreditó.

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 PROTECCION., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en, PORVENIR S.A. y en el lapso que estuvo en HORIZONTE hoy PORVENIR S.A en virtud de su fusión.

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.

En cuanto a los rendimientos causados, los mismos NO están 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.

Ahora, también menciona la recurrente que si bien el precedente ha señalado que la acción a través de la cual se pretende la declaratoria de ineficacia no *prescribe*, tal fenómeno sí debe operar respecto de los montos a retornar. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia se ha encargado de analizar el tema, extendiendo esos efectos de imprescriptibilidad.

Mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reiteró que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, administradoras. Así mismo, en sentencia SL1942-2021 se adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a

diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

En tal contexto, no es dable acoger los razonamientos de la recurrente en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivada de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

Así mismo, estima la Sala que debe ordenarse la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, por lo que es procedente **ADICIONAR** el fallo toda vez que el juez omitió indicar 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, debían ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de las AFP demandadas, 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.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el 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 el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

En otras palabras, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima

media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

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, tal y como lo ordenó la Corte en sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021.

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, **MODIFICÁNDOLA y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PROTECCION y PORVENIR S.A, por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijará como agencias en derecho a cargo de cada entidad la suma de \$1.000.000 a favor del accionante.

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: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **CARLOS ALBERTO RIOS LOPEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. **71.592.703** contra **PROTECCIÓN S.A, PORVENIR. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **MODIFICA** los numerales segundo y tercero del fallo de primera instancia bajo el entendido que PORVENIR trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, última orden que también se extenderá a PROTECCION S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibieron durante el tiempo que el actor permaneció afiliada a cada uno, montos que serán debidamente INDEXADOS por todas las administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden

cada uno de los valores, últimos aspectos en los que se **ADICIONA** la sentencia, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a **PROTECCION** y **PORVENIR S.A.**, se fija agencia en derecho cargo de cada entidad por la suma de \$1.000.000 a favor del accionante.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría 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)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL



MARTHA TERESA FLÓREZ 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:

Demandante: **CARLOS ALBERTO RIOS LOPEZ**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR**
Radicado No.: **05001-31-05-021-2019-00501-01.**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **19/07/2022**

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/100> 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 21/07/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario