



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, cinco de agosto de dos mil veintidós

21-294

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante: **MARIA ELENA MADRID VELEZ**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-010-2018-00053-01.
Tema: Ineficacia traslado
Link: [21-294 \(010-2018-00053\)](#) expediente digital
Decisión: **CONFIRMA, ACLARA y ADICIONA**

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 ambas entidades en el proceso de la referencia.

Conforme la sustitución de poder allegada, se reconoce personería a la Dra. AURA DIMELSA OSPINA VIDA identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 1.014.190.408 y Tarjeta Profesional Nro. 312.786 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de Colpensiones en los términos conferidos por la apoderada principal Dra. MARICEL LONDOÑO RICARDO, representante legal de la sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERÍA S.A.S.

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 22** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la parte actora mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media, sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones realizados, como cotizaciones, sumas adicionales, con los rendimientos que se hubieren causado, última entidad que debía validarlos incorporándolos en la historia laboral.

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

- ✓ Que nació el 8 de septiembre de 1962.
- ✓ Que estuvo afiliada al ISS desde el 23 de marzo de 1982 hasta el 30 de agosto de 1999.
- ✓ Que posteriormente se trasladó al RAIS
- ✓ Que al momento de afiliarse a PORVENIR el promotor de la entidad incumplió con el deber de información ya que no le brindó una asesoría adecuada, suficiente y cierta acerca del traslado que estaba realizando e incluso siendo engañada por parte de los mismos al asegurarle que se pensionaría mejor, sin mediar una proyección pensional.
- ✓ Que las entidades accionadas le negaron administrativamente la solicitud de retorno.
- ✓ Que solicitó a la PORVENIR copia de formulario de afiliación, certificación de bono pensional actualizado, simulación de las prestaciones económicas de pensión de vejez, teniendo como respuesta por parte de esa AFP con que no contaba con los archivos históricos de la asesoría ya que se hizo de manera verbal.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. En primer lugar, COLPENSIONES manifestó que únicamente le constaba la fecha de nacimiento de la demandante, el tiempo que permaneció afiliada al ISS y lo atinente a reclamación elevada. Respecto a los demás hechos, señaló que no le constaban o que se trataban de apreciaciones ajenas al conocimiento de esa administradora por lo que debían ser objeto de debate probatorio. Por su parte PORVENIR negó el incumplimiento del deber de información, aduciendo, entre otras cosas, que la actora conocía que el valor de su mesada dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual. Añade que tiene un departamento especializado donde capacitan a los asesores comerciales para que puedan

explicar de manera satisfactoria las características, particularidades, bondades y limitaciones de los dos regímenes existentes, teniendo como pilares fundamentales en su actividad la honestidad y la debida diligencia en la atención con los afiliados para satisfacer sus necesidades.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos que se hubieran generado y las comisiones cobradas. CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas y reactivar la afiliación de la actora en el RPM.

Condenó en costas a PORVENIR y a favor de la demandante fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

Dentro del término concedido por la ley, ambas entidades accionadas presentaron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora del RAIS, en quién recaía la carga de acreditar la existencia de una asesoría clara, completa y veraz, carga de la prueba que el fondo no cumplió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas por la Sala de Casación Laboral.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR

Adujo que el acto jurídico suscrito por la parte en el momento de diligenciar la vinculación a la entidad, gozaba de plena validez y fue producto de la voluntad de ambos contratantes. Que de no

acogerse dicho planteamiento, debía estudiarse lo relativo a los conceptos a trasladar teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, establecía que tanto en el régimen de prima media como en el RAIS, un 3% del monto se distribuía para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivencia, de ahí que si la demandante se hubiese encontrado afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, también en dicho régimen se habría generado el descuento del mismo porcentaje para los mismos efectos, razón por la que en este caso no se podía entender que las cuotas de administración se emplearan como dineros que ayudaban a la financiación de la pensión de vejez. Que aunado a lo anterior, algunos descuentos lo eran en virtud a la retribución por la gestión de administración que realizó y que COLPENSIONES no fue quien administró los aportes de la demandante durante el tiempo de su afiliación al RAIS, reiterando así que no existía razón jurídica para que se le adjudicaran tales conceptos a dicha administradora, máxime si se tenía en cuenta que PORVENIR trasladaría los rendimientos financieros que generó.

2.2.2. COLPENSIONES

Solicitó que se ordenara a PORVENIR a trasladar, además de los aportes, rendimientos, cuotas de administración, los aportes al fondo de pensión de garantía mínima y las cuotas de seguro previsional de manera indexada, tomando como fundamento lo razonado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2308 radicado 81630 del 7 de julio y SL 2932 radicado 71679 del 12 agosto 2020. Precisó que las administradoras de pensiones debían devolver a COLPENSIONES la totalidad de los conceptos objeto de restitución debidamente indexados por el periodo en que el asegurado permaneció en dichas AFP; añadió que en la sentencia hito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado, SL 81989 de 2008, se ordenó a los fondos de pensiones privados, incluso con cargo a su propio patrimonio, la devolución de la totalidad de la cotización. Adujo que todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, en las que se encuentran las sentencias SU-062 de 2010, la SU-130 de 2013, y de la Corte Suprema Justicia (recientemente la SL 4989 de 2018, la SL 1688 de 2019 y la SL 2877 de 2020), han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, en razón al artículo 48 de la Constitución Política, por cuando las personas que se trasladan del RAIS están cerca de pensionarse, debiéndose mantener el equilibrio y la sostenibilidad, financiando aquellas prestaciones económicas con base en las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas, postura que garantiza que el sistema

cuenta con los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN COLPENSIONES

Pretende se revoque la sentencia en atención a las circunstancias planteadas a lo largo del desarrollo del proceso.

Una de las razones en que fundamenta su postura es el hecho de que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempo, de ahí que no pudiese predicarse que tenía un derecho pensional consolidado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que los fondos de pensiones privados están en una situación probatoria compleja respecto de los esclarecimientos de los hechos que para el presente caso la demandante alega y solo está goza de una mejor posición de ilustrar.

Agrega que la afiliación a PORVENIR por parte de la demandante fue de manera libre, voluntaria espontánea, sin coacción alguna, firmando el formulario de afiliación que para la fecha era el único documento exigible legalmente para efectos del Traslado de Régimen. Que la señora Madrid Vélez, siendo una persona capaz en los términos del Código Civil, optó por vincularse con la AFP PORVENIR S.A., sin que hoy se pueda tildar de ilícito el formulario de afiliación suscrito.

Que también debía tenerse en cuenta que a lo largo de su vinculación al RAIS, la actora ejecutó actos relacionamiento con dicha administradora, conforme lo ha establecido la jurisprudencia en la Sentencia proferida SL-413 de 2018 emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

De otro lado, señala que no es aceptable que se impongan cargas procesales adicionales a las administradoras de pensiones que no están obligados a soportar; lo anterior, por cuanto dichos traslados están generando un detrimento al Sistema General de Pensiones, dado que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFP resultan insuficientes para sostener una pensión económica, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera.

Señala que en ningún momento se le está violentando el derecho fundamental al acceso de la seguridad social en pensiones a la demandante, y por ello debió existir un principio de

responsabilidad compartida, puesto que la demandante no puede acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario está en la obligación legal de acceder a la información respecto cual es el fondo más conveniente para percibir su pensión, así las cosas debe de interpretarse que el desconocimiento de la Ley no sirve de excusa para eximirse de responsabilidad o más bien para el presente caso el desconocimiento de la norma no puede alegarse cuando el monto de la pensión es inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes.

Insiste que debe revocarse el fallo de primera instancia que declaró la ineficacia de traslado, ya que estás actuaciones están llamadas a insolventar el Sistema General de Pensiones, pues los dineros devueltos no son suficientes para el financiamiento de la prestación económica que se busca que mi entidad reconozca con esta clase de procesos. Trae a colación lo indicado por la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, según las cuales nadie puede resultar beneficiario a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. Adicionalmente, recordó que, *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la Ley no constituye un derecho absoluto; por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato”*. Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Considera que por ello la decisión adoptada en primera instancia está desconociendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (Art. 48 C.P. adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD al RAIS, poniendo en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; así lo reconoció la Corte Constitucional en sentencias T-184/09, T-489 de 2010, T 073 de 2019.

Aduce que en las providencias proferidas con relación al traslado de régimen, la Corte Suprema desconoció el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la Ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia legos o inexpertos, desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Que en todo caso la anterior posición no era de recibo por la totalidad de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto en reciente pronunciamiento dentro del radicado 68852, el magistrado Jorge Luis Quiroz aclaró su voto, señalando:

“...el acto de traslado, si bien impone un deber de información suficiente de parte de las administradoras, ello, per se, no exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente

ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependerán sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez. agregó el magistrado Quiroz que la condición del promotor de la acción de nulidad merece una especial atención, pues...”

Solicitando finalmente que de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se tenga en cuenta lo aducido en cuanto a los valores a trasladar, los cuales a su criterio deberían hacerse en términos señalados por el a quo en la sentencia de primera instancia junto con el respectivo cálculo actuarial.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Se circunscribe a determinar si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se establecerá qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada.

No obstante lo anterior, 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 algunos fondos privados brindaban, 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.

Del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente el 29 de julio de 1999 cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 29 del archivo 01 de 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 la actora respecto al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la supresión del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración.

Y es que expresamente la señora MARIA ELENA MADRID VELEZ en el interrogatorio absuelto indicó que es licenciada en educación preescolar y todos sus estudios especializados han sido con enfoque a la educación. Sobre su traslado al RAIS rememoró que para esa época era noticia la supresión del ISS y que adicionalmente la abordó un asesor de PORVENIR en su lugar de trabajo mostrándole esa opción de traslado por medio de una reunión grupal y luego una individual, allí le hablaron de que podía hacer un ahorro programado, retirarse cuando quisiera, que para el año 2022 cuando tuviera 60 años podía redimir el bono pensional. Añade que nunca le aclararon que debía reunir un capital suficiente para pensión, ni le hicieron proyección pensional, no le hablaron de los requisitos para pensionarse ni acerca de temas como la heredabilidad o la incidencia que tenía su grupo familiar en su pensión, afirmando que tampoco le

dieron a conocer las ventajas y desventajas de ambos regímenes y que todo el conocimiento que tiene acerca del tema fue producto de una asesoría que hace poco recibió de COMFAMA en un programa llamado “Luna” el cual tiene como fin asesorar a los trabajadores para que lleguen a una plenitud al pensionarse, enterándose y preocupándose porque su estado pensional con PORVENIR no era el esperado ya que recibiría como mesada pensional un salario mínimo, monto que ni siquiera alcanzaría para pagar el arriendo de donde vive, a diferencia de lo que pudiera percibir en el RPM.

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

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación a PORVENIR, la demandante no fue informada 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 lograrse 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 la 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.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se ACLARARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien ordenó a PORVENIR devolver TODOS los dineros percibidos por el fondo con motivo de la afiliación, citando algunos ejemplos, pero sin precisar que ello implicaba el retorno de los tres ítems que componen los gastos de administración, esto es, gastos, seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima.

Recordemos 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 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

(...) 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 el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(...) Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que 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.

De otro lado, sabido es que los rendimientos causados 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.

Aunado a lo anterior, respecto a la INDEXACIÓN de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera 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), debía ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Porvenir S.A., teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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 la demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que 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 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga), SL3207-2020 y SL1688-2019 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo) y recientemente en la SL950-2022.

De otro lado, tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición pero en virtud de la densidad. No obstante lo anterior, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, el asegurado busca obtener la consecuencia jurídica que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto.

Por último resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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 **ACLARANDOLA y ADICIONANDOLA** en los aspectos antes aludidos.

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

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA ELENA MADRID VELEZ** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.875.773 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.

¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*


SEGUNDO: ADICIONA y ACLARA el numeral segundo del fallo bajo el entendido que **PORVENIR S.A** trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante desde el cambio de régimen**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, montos que serán debidamente INDEXADOS al momento del pago, oportunidad en la que además Porvenir S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, manteniéndose el plazo concedido por el a quo.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A a favor de la accionante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.


Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(Firmas escaneadas)

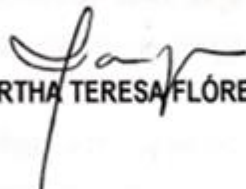
Los Magistrados,



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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	MARIA ELENA MADRID VELEZ
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A
Radicado No.:	05001-31-05-010-2018-00053-01.
Tema:	Ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA, ACLARA y ADICIONA
Fecha de la sentencia:	05/08/2022

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 08/08/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario