



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, diecinueve de abril de dos mil veintiuno**

#### **S19-317**

Proceso: ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN.  
Demandante: **ORLANDO GUTIERREZ MORENO**  
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: 05001-31-05-014-2017-00692-01.  
Tema: ineficacia  
Decisión: **CONFIRMA y ACLARA**

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 formulado por las entidades accionadas dentro del proceso de la referencia.

Conforme el contenido de los memoriales que anteceden, se ACEPTA la RENUNCIA de poder presentada por el Dr. HÉCTOR FABIO GARCÍA y a su vez se reconoce personería a la Dra. MARIA PAULA ANGEL TABORDA identificada con cédula de ciudadanía Nro. 1.022.094.140 y Tarjeta Profesional Nro. 239.242 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe representando los intereses de Colpensiones en los términos referidos en la sustitución de poder otorgada por el Dr. FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI en calidad de representante legal de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 11** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

#### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

##### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, o subsidiariamente la NULIDAD del mismo, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Porvenir S.A. retornar la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones obligatorias y voluntarias, sin ningún tipo de deducción, junto con los rendimientos financieros, el bono pensional al que hubiere lugar, sumas adicionales con sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del CC. Además de las costas del proceso.

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

- ✓ Que nació el 7 de abril de 1958.
- ✓ Que desde el 13 de abril de 1980 se afilió al ISS aunque sólo reporta cotizaciones a partir del 29 de agosto de 1983 con el empleador Empresas Públicas de Medellín.
- ✓ Que el 18 de julio de 1995 se trasladó a Colpatria, producto de una asesoría que califica como una inducción en error, (enlista la información suministrada y aquellos aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que el 10 de febrero y 21 de marzo de 2017 solicitó una proyección al fondo privado, según la cual obtendría una pensión de \$2.596.200, inferior a la que percibiría en el régimen de prima media que ascendería a \$4.661.593, comprendiendo que la información suministrada al momento del traslado resultó siendo una falacia.
- ✓ Que administrativamente Colpensiones le negó la posibilidad de regresar al régimen de prima media.

### **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES, la que adujo que únicamente le constaban los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al otrora ISS, el traslado al RAIS, pero sin

admitir la existencia de una inducción en error, y la reclamación elevada a través de la cual solicitó su retorno al régimen de prima media. Posteriormente realizó algunas consideraciones en torno al deber de información, recalcando que no le correspondía probar el tipo de información suministrada por el fondo privado, carga que debía asumir el demandante.

Por su parte PORVENIR S.A., en síntesis, adujo que brindó una información, clara, oportuna, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS que enlista, por lo que el afiliado conocía en su integridad los productos y servicios, sin que el cumplimiento de determinadas variables o el objetivo fijado, 23 años después, pudiese comportar un argumento válido para solicitar la ineficacia o anulación de la afiliación, aunado a que como fondo, cumplió las obligaciones que para entonces le exigía la ley. Agrega que el accionante firmó el correspondiente formulario de manera libre y voluntaria, sin que se hubiese acreditado algún vicio del consentimiento, al que no le era dable retornar en virtud de la limitante de edad impuesta en la Ley 100 de 1993.

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

Mediante sentencia proferida el 4 de octubre de 2019, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, ordenando la activación de la vinculación del actor en el régimen de prima media. Igualmente condenó a Porvenir S.A., de un lado, a trasladar a Colpensiones, dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto las cotizaciones y comisiones de administración causadas a partir del 1 de agosto de 1995, fecha de efectividad del traslado, junto con los rendimientos que se hubiesen causado. Y de otro lado, notificar a la OBP la existencia de la sentencia para los efectos de la suscripción.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A. a favor del actor, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. interpuso y sustentó el recurso de apelación.

## **2. ARGUMENTOS**

## **2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR**

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 que no cumplió Porvenir S.A., sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

### **2.2.1. RECURSO DE APELACIÓN SUSTENTADO POR PORVENIR S.A.**

Presenta oposición en cuanto al retorno de las cuotas o gastos de administración y rendimientos, solicitando su revocatoria. En cuanto al primer rubro aludido arguye que ya *fue destinado*, pues era claro que en el RAIS el 10% del IBC se destina a las cuentas individuales de ahorro pensional, donde un 0.5% del IBC se dirigía al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% restante a financiar los gastos de administración, las primas de reaseguros y las primas de invalidez y sobrevivientes. Resalta que se ajustó en todo momento a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en cuanto a los gastos de administración conforme lo normado en los artículos 20 y 60 de la disposición en mención.

Añade que en la sentencia SU-062 de 2010 se aclaró que al momento en que se declarara la nulidad del traslado, las diferencias sobre las equivalencias que pudiesen generarse debían ser asumidas por el demandante en un tiempo prudencial, y en parte alguna menciona que los fondos debían deducir tales porcentajes.

Que era claro para la ley y para la jurisprudencia que la seguridad social en materia de pensiones NO aseguraba una cuantía sino una cobertura de una contingencia, lo que sucede en este caso, toda vez que en ningún momento había negado el reconocimiento de alguna prestación a favor del demandante.

Que así las cosas, le correspondía al legislador determinar si el RAIS más desventajoso frente al régimen de prima media, o si debe haber un cambio normativo, quedando demostrado que Porvenir siempre actuó conforme a las leyes existentes.

De tal forma solicita se revoque el fallo de primera instancia.

## **2.3. ALEGATOS**

### **2.3.1. PRESENTADOS POR LA PARTE ACTORA**

Partiendo de la sustentación del recurso de apelación, menciona que NO debe ser de recibo tal solicitud, puesto que dicha consecuencia ha sido ampliamente descrita y sustentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras razones, por motivo de que la ineficacia conlleva a retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado y en razón de que será la administradora del fondo público la que se encargará de administrar los dineros y de reconocer el derecho pensional.

Lo anterior partiendo de los razonamientos planteados en la sentencia de radicado 31989, reiterada entre otras, en la SL17595-2017, SL2877-2020, Radicación n.º 78667 del 29 de julio de 2020 y en la SL4811-2020, Radicación n.º 68087 del 28 de octubre de 2020.

En cuanto a la ineficacia del traslado declarada por el a quo, considera que tiene pleno sustento en las normas y el precedente jurisprudencial en la materia, puesto que PORVENIR S.A., entidad que con base en el principio de inversión de carga de la prueba a favor del afiliado, tenía el deber de demostrar que proporcionó información objetiva, comparada y transparente sobre las características de los dos regímenes pensionales, no lo hizo.

Recuerda que dicho deber de información impuesto a las administradoras ha estado presente desde la creación del Sistema General de Seguridad Social e incluso, desde antes, con la expedición del Decreto 663 de 1993 “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

Resalta que el único documento que aportó el fondo privado fue el formulario de vinculación a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., el cual, conforme a lo sentenciado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sólo evidencia la existencia del acto que dio lugar al traslado de régimen, más no demuestra el consentimiento informado.

Ahora, respecto al interrogatorio absuelto considera que NO se vislumbró confesión, sino que por el contrario, con el mismo se soporta el incumplimiento de la AFP de no haber proporcionado información en los términos que consagra la ley y la jurisprudencia.

En dichos términos solicita se confirme la decisión adoptada en primera instancia.

### 2.3.2. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Solicitó que se confirmara la sentencia emitida. Expresamente indicó que:

Atendiendo la línea jurisprudencial edificada por la Corte Suprema de Justicia, a través de sentencias de radicación N° 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y las SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL 17595 de 2017, SL 3496 de 2018, SL 4297 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL 4964 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, entre otras, se ha determinado por esta que la afiliación al RAIS sin el cumplimiento de las condiciones que consagran el artículo 13, literal “b” de la Ley 100 de 1993, así como el artículo 1° del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conllevan necesariamente a la declaración de ineficacia del traslado, con las consecuencias que ello representa, esto es, que se asuma que la parte actora siempre estuvo afiliada al RPMPD y sin solución de continuidad, con la obligación a cargo del fondo privado de trasladar a Colpensiones, no solo las cotizaciones de conformidad con lo prescrito en el artículo 20, inciso 1° de la Ley 100 de 1993, sino también las cuotas de administración que consagra el inciso 2° del mismo artículo, el cual hace referencia a la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados, indicando para tales efectos, que el 3% del ingreso base de cotización será destinado “a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”, resaltándose que antes de la expedición de la ley 797 de 2003, y de conformidad con la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración en favor de estas entidades era del 3.5%.

Es en ese aspecto, el de las cuotas de administración, es que se enfocarán los alegatos que me dispongo a presentar, solicitando que se le ordene al Fondo privado devolver a Colpensiones los mismos. Veamos:

El artículo 39 del decreto reglamentario 656 de 1994, define la cuota de administración como aquella que “constituyen ingresos de las sociedades que administren fondos de pensiones las comisiones de administración a que tienen derecho”, disponiendo de manera taxativa que conceptos son objeto de las mismas.

En tal sentido, es preciso señalar que una parte del patrimonio autónomo de las entidades administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se constituye con base a la cuota de administración que se cobra al afiliado al sistema general de pensiones, así se desprende del literal “f” del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, el cual señala lo siguiente:

f. El patrimonio de las entidades administradoras garantiza el pago de la rentabilidad mínima de que trata el literal anterior y el desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones.

Por tanto, no hay duda que las cuotas de administración que cobran las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, corresponden a ingresos que le permiten a dichos fondos generar o fortalecer su patrimonio, todo ello, en virtud de la afiliación obligatoria al sistema general de pensiones efectuada por el cotizante, de ahí que, al declararse la ineficacia del traslado, en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional, estos dineros conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en razón a que la entidad que represento, nunca, desde que el demandante se afilió al RAIS, tuvo en su haber, la destinación o administración de esas sumas dinerarias, las cuales servirán a efectos de capitalizar el fondo de naturaleza común.

Frente al tema, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017, Magistrado Ponente Fernando Castillo Cadena, señaló que “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del

actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”.

Así mismo, conforme a una de las sentencias antes citadas, la SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, se ratifica la obligación de los fondos privados de devolver a Colpensiones no solo los aportes con sus rendimientos, sino también, las sumas correspondientes a gastos de administración, con su respectiva indexación...

Sumado a lo anterior, en sentencia SL 2877 de 2020, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, señaló que además de girar al RPMPD los saldos de la cuenta de ahorro individual con sus frutos e intereses, se deberán reintegrar las cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para pensión mínima, ya que, según el alto tribunal, dichos recursos son necesarios para el afincamiento de las prestaciones pensionales a que haya lugar en favor del afiliado.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que, será Colpensiones la entidad obligada a reconocer las prestaciones pensionales a que haya lugar, por lo que, en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, que consagra el Acto Legislativo 01 de 2005, es necesario que se devuelvan por parte del fondo privado, todos y cada uno de los ítems antes señalados, ello para que no se afecte el capital financiero de la entidad.

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

Atendiendo la inconformidad planteada en el recurso de alzada, parecería que el único problema jurídico a resolver sería determinar qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A., analizando si en este caso es dable imponer al afiliado el reconocimiento de alguna equivalencia en virtud del razonamiento plasmado por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-062 de 2010.

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.

Es por ello que también 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.

#### 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:

| <b>Etapas acumulativas</b>   | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>   | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>  |
|--|--|---|
| Deber de información<br><br><b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</b> | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales   |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                                  | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>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 perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.                 | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.º 016 de 2016  | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.  |

Se exige entonces una índole de consentimiento tan específico por parte del 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 al actor 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 de traslado al RAIS, concretamente 18 de julio de 1995 cuando suscribió el formulario para vincularse a Colpatria (fl. 17), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado únicamente por el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin mediar una explicación en torno a cómo podía acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor Orlando Gutiérrez Moreno en el aludido interrogatorio expuso que es especialista en tele-informática y actualmente es docente de cátedra. Respecto del traslado rememora que para entonces laboraba en Empresas Públicas de Medellín donde era

auxiliar de mantenimiento de servicios, que eso fue a mediados de 1995 y lo solicitó porque varios fondos de pensiones los visitaron autorizados por su empleador, y les brindaron información novedosa acerca de pensiones y cesantías, que les hicieron una reunión grupal general en el Palacio Municipal que duró aproximadamente 10 minutos, dictada por una pareja de asesores en un stand determinado, donde les indicaron los beneficios y las diferencias frente al Seguro Social, lo motivaron y por eso se trasladó a Colpatria. No le dieron ninguna ddiva por ello, tampoco fue presionado. Que el formulario fue diligenciado por el asesor con los datos que le suministró, simplemente firmó, no recuerda haber leído todo el formulario. Que en ese momento NO tuvo dudas porque partió de la veracidad de la información suministrada. Que actualmente recibe extractos, antes no. Siente que el fondo no cumplió con lo prometido pues a raíz de comentarios de compañeros solicitó una asesoría en el 2014, y por eso está demandando, porque es un engaño y a futuro no le conviene pensionarse con ellos, porque le ofrecieron una cantidad mayor en la mesada pensional y jubilarse antes de la edad mínima que en su momento establecía la ley, es decir, una jubilación anticipada. Que apenas ahora entendió el tema del bono pensional y la diferencia del monto de la mesada en cada régimen. Que la motivación de la demandada no es netamente económica pero actualmente ve que lo todo el tiempo que ha laborado realmente no está siendo *merecido* con el fondo privado, percatándose sólo ahora que allí lo que prima es el ahorro y no las semanas cotizadas pese a que tiene más de 1700, lo que no importa a un fondo privado, en cambio en Colpensiones sí.

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, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación completa por parte de un asesor.

En tal contexto, en gracia de discusión, si bien lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever una somera información suministrada al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, aspecto que tanto le interesó, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema, como sucedió en este caso; 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 en todo caso NO ERA clarificado en forma

suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría y por lo menos que comprendiera que el monto de su mesada estaba ligado al ahorro que efectuara a lo largo de su vida laboral.

Así pues, contrario a lo aducido por el recurrente, NO se trata de que el legislador prevea qué régimen le conviene más a una persona, sino de que cada asesor explique adecuadamente el funcionamiento del sistema, para que en ejercicio de esa libertad informada, la persona opte, de acuerdo a sus intereses, por afiliarse a determinado régimen, dado que ambos coexisten pese a que son excluyentes entre sí.

En todo caso, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echa 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 que en este punto es consultada.

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 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 los recursos de la cuenta de ahorro individual, que incluye los rendimientos, más las comisiones de administración, sin precisar y/o especificar qué conceptos los constituyen y que son objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, lo que además debe comprender el lapso que el actor estuvo afiliado a Colpatria u Horizonte, hoy Porvenir en virtud de una cesión por fusión, pues lo contrario implicaría que

Colpensiones NO estaría recibiendo la totalidad del dinero recibida por el fondo producto de esa afiliación que está siendo declarada ineficaz.

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 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.

Empero, esto no quiere decir que los rendimientos causados estén llamados a engrosar las arcas de la administradora del RAIS, pues si bien corresponden a unas utilidades acumuladas por años, generadas por las diferentes inversiones realizadas por los fondos privados en cumplimiento de la eficiente gestión que les impuso la ley, lo cierto es que dichos rendimientos son uno de los ítems que conforman la cuenta de ahorro individual, que como su nombre lo dice, pertenece al afiliado y cuando este se traslada de régimen, los dineros depositados allí necesariamente pasaran al fondo común administrado por prima media.

Tal razonamiento también encuentra soporte en lo normado por el literal d) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, según el cual el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, denominado fondo de pensiones, el cual es independiente del patrimonio de la entidad administradora.

De otro lado, la recurrente pretende que en virtud del razonamiento plasmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010, se le otorgue al afiliado la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con la equivalencia, requisito que alguna vez se impuso para efectos de avalar el traslado de aquellos beneficiarios del régimen de transición que tuvieran 15 años de servicios al 1 de abril de 1994.

Al respecto bastará con señalar que:

En primer lugar, parece confundida la recurrente, pues el precedente que cita, por demás modificado en la SU-130 de 2013, se aplica a quienes tienen la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición pero en virtud de la densidad y en este caso el afiliado lejos se encontraba de satisfacer 750 semanas a la entrada en

vigencia del sistema general de pensiones. Nada tiene que ver pues el tema allí analizado con lo que hoy nos convoca.

En segundo lugar, el operador jurídico no está atado inexorablemente a la tesis planteada por la Corte Constitucional frente a un tema, toda vez que conserva la facultad de apartarse de tal postura amparado en otros criterios que en forma razonada avalan una interpretación disímil respecto del contenido de una norma que se ha de aplicar, por demás inexistente pues el decreto contentivo de la exigencia de la equivalencia fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

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, aclarándola en el aspecto antes aludido.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso, fijándose como agencias en derecho la suma de \$908.526 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** la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **ORLANDO GUTIERREZ MORENO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 11.789.943 contra **PORVENIR S.A y COLPENSIONES**.


**SEGUNDO:** se **ACLARA** el numeral segundo del fallo bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada 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 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, abarcando incluso el lapso en que el actor permaneció en Colpatria u Horizonte, 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 Porvenir S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor del accionante.


Lo anterior se notificará en **ESTADOS**, y se firma por quienes en ella intervinieron.

(Firmas escaneadas)

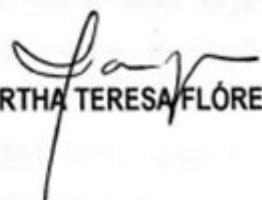
Los Magistrados,



**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**



**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

CERTIFICO: Que la providencia anterior fue notificada por  
ESTADOS No. 065 fijados hoy en la secretaría de  
este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín 20 de ABRIL DE 2021

\_\_\_\_\_  
Secretario

CONSULTABLE EN: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>