

TEMA: INEFICACIA TRASLADO - 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. / **MOVILIDAD ENTRE FONDOS / RE-ASESORÍA** - 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. /

HECHOS: Solicita el demandante que, tras la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a Protección S.A. a retornar a Colpensiones las cotizaciones con sus respectivos rendimientos causados durante el período que estuvo afiliado. Por su parte, las entidades demandadas controvirtieron el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Porvenir S.A. en similares términos que Protección S.A. En síntesis, reconocen la vinculación de la actora a cada una, pero niegan el incumplimiento del deber de información. Finalmente, el juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda; dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron y sustentaron recurso de apelación. De acuerdo a la inconformidad planteada en el recurso de alzada, el problema jurídico se circunscribe a establecer qué haberes le corresponde retornar a las administradoras del RAIS. Es por ello que inicialmente se determinará 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.

TESIS: (...) A la luz de lo estipulado en el último inciso del artículo 167 CGP: *“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*. Y precisamente el sustrato de esta clase de procesos es la afirmación de los actores de que *“el Fondo de Pensiones no les proporcionó la asesoría suficiente al tomar la decisión trascendental de cambiar de régimen de pensiones”*, lo que claramente es una afirmación indefinida. El mencionado artículo regla lo relativo a la carga de la prueba, dictaminando que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”*. Al exonerarse a los afiliados del deber de probar, corresponde a los Fondos acreditar que obraron con diligencia y que brindaron una adecuada orientación. (...) 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 26 de julio del año 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., 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 el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos, además de la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que publicitarse el RAIS como una opción, era prácticamente una imposición ante el temor que podía generar tal aseveración.(...) Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y

desventajas de cada régimen. (...) Ha de agregarse que ninguna variación genera la MOVILIDAD entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el presente caso. (...) En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante 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 re-asesoría o una movilidad, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió. (...) 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, 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 (...) Ahora, en cuanto a la petición elevada por la apoderada de Colpensiones en el recurso de alzada, tendiente a adicionar el fallo incluyéndose la prima de reaseguro de Fogafín, bastará con decir que dicho concepto que se encuentra derogado y no es una obligación vigente para las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, lo anterior de conformidad con el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011.(...) Así las cosas, aclara la Sala que las administradoras del RAIS no tienen como obligación la suscripción de dicha garantía, y los remanentes existentes hasta el momento en que entro vigencia la precitada Ley, esto es el 16 de junio de 2011, fueron trasladados al Tesoro Nacional, por lo que las AFP accionadas no están en el deber legal de retornar los conceptos relacionados con este ítem

M.P: ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 27/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

S24-094

Proceso: ordinario laboral- apelación sentencia
Demandante: **JUAN CAMILO NAGLES PELÁEZ**
Demandados: **COLPENSIONES**
PORVENIR S.A.
PROTECCION S.A.
Radicado No.: 05001-31-05-001-2022-00203-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA**

LINK: 05001310500120220020301 expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación formulado por Porvenir S.A. y Colpensiones en el proceso de la referencia.

Conforme el contenido de los memoriales que anteceden, se reconoce personería a la Dra. **MARYA ASTRID GIRALDO ZULUAGA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.456.383 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 190.179 del C.S. de la J., para que continúe representando los intereses de Colpensiones, en los términos de la sustitución de poder otorgada por el representante legal de la firma UNION TEMPORAL LITIS UT 2023.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que, tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado al RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a Protección S.A. a retornar a Colpensiones las cotizaciones con sus respectivos rendimientos causados durante el período que estuvo afiliado.

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

- ✓ Que nació el 21 de mayo de 1965.
- ✓ Que al iniciar su vida laboral se afilió al ISS hoy Colpensiones.
- ✓ Que el 26 de julio de 1994 se trasladó a Horizontes S.A., hoy Porvenir S.A. Enlista la información que le suministró el asesor y aquellos aspectos que no le explicó.
- ✓ Que el 1 de agosto de 1995 se pasó a Protección S.A.
- ✓ Que administrativamente intento retornar al régimen de prima media, elevando la correspondiente reclamación a Colpensiones, la cual fue negada aduciéndose que le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvertieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció **PORVENIR S.A.** en similares términos que **PROTECCION S.A.** En síntesis, reconocen la vinculación de la actora a cada una, pero niegan el incumplimiento del deber de información. Ambas aducen que brindaron una información correcta, clara y suficiente en los aspectos que enlistan, relacionados con las características del sistema pensional, calificando de válido y eficaz el acto jurídico de afiliación. Consideran que lo pretendido deriva en un enriquecimiento sin justa causa cuando no se acoge la teoría de las restituciones mutuas.

Por su parte **COLPENSIONES** admitió los hechos referentes a la edad, la afiliación al otrora ISS, el traslado al RAIS y la respuesta negativa a la reclamación elevada. Los restantes no le constan y califica la afiliación a Porvenir S.A. como un acto libre y voluntario. Aclara que la limitante de la edad que le impide al demandante retornar al régimen de prima media.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 2 de abril de 2024, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, tras declarar la ineficacia del traslado inicial a la AFP Horizonte, por faltarse al deber de información, y el subsiguiente a Protección S.A., señalando que el demandante se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, la cual debía homologar las semanas cotizadas al RAIS, decidió:

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar en un término máximo de 30 días, el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y prima de reaseguro, estos porcentajes deberán ser indexados y debidamente discriminados desde la fecha en que se descontaron.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar en un término máximo de 30 días a COLPENSIONES los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y prima de reaseguro, indexados y debidamente discriminados desde la fecha en que se descontaron.

Condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.950.000 a cargo de cada entidad y en favor del actor.

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

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

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR S.A.

Se opone a la indexación ordenada. Sostiene que ya trasladó todos los aportes al fondo posteriormente escogido por el actor. Incluso fue Horizonte y NO Porvenir la que gestionó el cambio de régimen, e incluso el paso a Protección S.A. Cita fragmentos de una providencia emitida por el Tribunal de Cali que avala su postura, según la cual los rendimientos compensan la depreciación del

poder adquisitivo de la moneda. Que lo contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

2.2.2. RECURSO DE APELACION DE COLPENSIONES

Solicita se adicione el fallo en el sentido de ordenarse a las codemandadas trasladar con destino a la administradora del régimen de prima media, el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el afiliado, esto es, las sumas correspondientes al saldo de la cuenta de ahorro individual y los gastos o cuota de administración, los aportes al Fondo de Garantía de pensión mínima y los seguros previsionales, *tal como lo concluyó la señora juez*, pero incluyendo además las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de FOGAFYN, frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad causados durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado al RAIS y qué dichos conceptos sean debidamente indexados con el fin de evitar un detrimento económico a Colpensiones, de cara a un eventual reconocimiento pensional.

Lo anterior con la finalidad que dichos aportes contribuyan al financiamiento de una eventual pensión, sumado a que estas devoluciones eran una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia, según lo plasmado por la Corte Suprema de Justicia en las providencias que refiere, órgano según el cual NO sólo se debía ordenar la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, sino además los recursos con los respectivos rendimientos que generó la afiliación al RAIS, debidamente discriminados.

2.3. ALEGATOS

Se pronunció Porvenir S.A. solicitando que se revoque el fallo. Replica lo expuesto en la contestación, y considera que se acreditó que cumplió con el deber de brindar a la parte actora la información exigida para el momento del traslado de régimen de pensional, pues aquel conocía las condiciones y características propias del RAIS, según se desprendía del formulario suscrito de manera libre y voluntaria. Igualmente destaca el cambio de precedente conforme la sentencia SU-107 de 2024. Por último, considera que es improcedente la devolución de los gastos de administración y la condena en costas.

También intervino Colpensiones. Tras citar la parte resolutive del fallo, trajo a colación la limitante de edad que estatúa el art. 2 de la Ley 797 de 2003, recordando lo que frente al tema razonó la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuando declaró exequible tal disposición. Por último,

indica que el acto de traslado se presume válido, pero que, en caso de declararse la ineficacia, debe retornarse los rubros que enlista.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a la inconformidad planteada en el recurso de alzada, el problema jurídico se circunscribe a establecer qué haberes le corresponde retornar a las administradoras del RAIS.

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

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

A la luz de lo estipulado en el último inciso del artículo 167 CGP: *“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*. Y precisamente el sustrato de esta clase de procesos es la afirmación de los actores de que *“el Fondo de Pensiones no les proporcionó la asesoría suficiente al tomar la decisión trascendental de cambiar de régimen de pensiones”*, lo que claramente es una afirmación indefinida. El mencionado artículo regla lo relativo a la carga de la prueba, dictaminando que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen”*. Al exonerarse a los afiliados del deber de probar, corresponde a los Fondos acreditar que obraron con diligencia y que brindaron una adecuada orientación.

No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero

en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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. Así lo reafirma la ya citada sentencia 68.838:

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 26 de julio del año 1994 cuando suscribió el formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. (fl. 67 del archivo 09 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 el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos, además de la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que publicitarse el RAIS como una opción, era prácticamente una imposición ante el temor que podía generar tal aseveración.

Y es que expresamente el señor JUAN CAMILO NAGLES PELÁEZ en el interrogatorio absuelto adujo que es ingeniero mecánico de profesión y actualmente labora. Respecto del traslado rememoró que en julio de 1994 lo visitó en el lugar donde trabajaba, una asesora del fondo Horizonte. Indica que esta le dijo que el Seguro Social se iba a acabar y que lo mejor que podía hacer era pasarse a las pensiones privadas, sumado a que el fondo tenía unos beneficios adicionales como era la pensión anticipada y una mejor mesada. Que el empleador NO tuvo ninguna injerencia. Que no le explicaron que tendría una cuenta de ahorro individual, tampoco que esta generaría rendimientos, ni que le efectuarían descuentos destinados a la administración de la cuenta, ni que podía utilizar el derecho de retracto, ni la incidencia de los beneficiarios. Indica que probablemente sí recibió extractos.

En cuanto a la movilidad entre administradoras del RAIS, afirma que cambio de trabajo, concretamente a Protección S.A., y por eso le solicitaron afiliarse a ese fondo. Que su cargo fue de gerente de oficina, vinculó que perduró un poco más de un año. Acepta que recibió una re-asesoría en la cual le indicaron que le convenía permanecer en el fondo, la asesora en el computador hizo los

cálculos respectivos, pero desconoce si tendría en cuenta la edad de su esposa e hijos. Que decidió aplazar la decisión porque le indicaron que era probable que lo llamaran de Colpensiones con la misma finalidad de re-asesorarlo, pero que ello nunca ocurrió, pero tenía cierta tranquilidad en atención a lo dicho por la asesora. Que conoció la fecha límite para retornar, pero sólo en mayo de 2021 se dio cuenta de la real implicación cuando solicitó un cálculo pensional, y le dieron un valor significativamente más bajo que lo dicho en la re-asesoría, se sintió engañado pues las expectativas creadas no se cumplieron, que incluso posteriormente volvió a solicitar la proyección y es mas bajo.

Hasta aquí su intervención.

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 algún asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento 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 en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema, como en efecto ocurrió en este caso; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

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

acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por 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 Juan Camilo Nangles Pelaez conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 89 del archivo 12), así:

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 71659454							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-07-26	2008/11/19	HORIZONTE	COLPENSIONES		1994-08-01	1995-08-31
Traslado de AFP	1995-08-01	2008/11/19	PROTECCION	HORIZONTE		1995-09-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 71659454						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1995-08-01	1996-06-13	01	AFILIACION	PROTECCION		

Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, aunque a veces del demandante, NO fue ello lo que precisamente sucedió, dado que el paso devino por el cambio de empleador.

Igual situación se predica la RE-ASESORÍA de la que fue objeto el demandante el 9 de marzo de 2017 (fl.93 archivo 12 expediente digital), pues la información suministrada por el fondo en tal momento, ad portas del cumplimiento de los 52 años (aproximadamente dos meses antes), en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCION hubiese desmotivado oportunamente al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

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

En todo caso, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación del demandante 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 re-asesoría o una movilidad, 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 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 **confirmará** la decisión adoptada por la a quo, pues su orden abarcó los conceptos expuestos, extendiéndolos respecto del tiempo de permanencia en cada fondo.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es Protección S.A., ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en Horizonte hoy Porvenir S.A.

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.

Dicho criterio fue reiterado en las sentencias SL4322-2022, SL554-2023 y SL1084-2023.

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, como si 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 un afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

Ahora, en cuanto a la petición elevada por la apoderada de Colpensiones en el recurso de alzada, tendiente a adicionar el fallo incluyéndose la prima de reaseguro de Fogafín, bastará con decir que

dicho concepto que se encuentra derogado y no es una obligación vigente para las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, lo anterior de conformidad con el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, el cual a su tenor expone:

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

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

Así mismo, tampoco es dable adicionar la sentencia, como también lo solicita la apoderada de Colpensiones, incluyendo el porcentaje descontado para el Fondo de Solidaridad Pensional, ya que este es un descuento que se hace tanto en el régimen de prima media como en el RAIS a quienes devenguen más de 4 SMLMV, conforme al artículo 27 de la Ley 100 de 1993 y va destinado a dicho fondo, que es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

De otro lado, respecto a la **INDEXACIÓN** de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente CONFIRMAR el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

En este punto NO pasa desapercibido para la Sala el argumento referido por la apoderada de Porvenir S.A. en el recurso de alzada en torno a un pronunciamiento de otro Tribunal que avalaba la compensación de la indexación con los rendimientos causados. No obstante, de existir, el mismo no resulta vinculante y por el contrario se aparte de la postura que a hoy reitera nuestro órgano de cierre.

También 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, la totalidad de administradoras del RAIS deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se confirmará el fallo, dado que la a quo así lo dispuso en la sentencia.

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.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones por no haber tenido éxito en el recurso de apelación. Se fijará como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de cada una de las entidades aludidas y en favor del actor.

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 2 de abril de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JUAN CAMILO NAGLES PELÁEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.659.454, contra **PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., y COLPENSIONES**, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

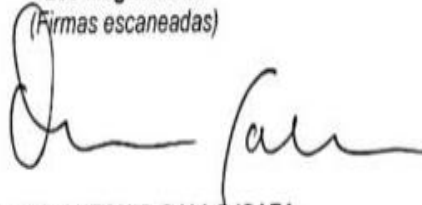
¹ Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

SEGUNDO: costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a cargo de cada entidad y en favor del actor.

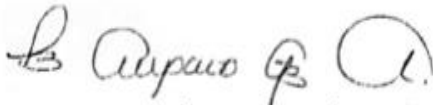
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados

(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

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 sentencia
Demandante:	JUAN CAMILO NAGLES PELÁEZ
Demandados:	COLPENSIONES PORVENIR S.A. PROTECCION S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-001-2022-00203-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	CONFIRMA
Fecha de la sentencia:	27/05/2024

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial, 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 28/05/2024 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario