

**TEMA: CONSENTIMIENTO INFORMADO** - 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. / **INEFICACIA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO** - no puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP; ni con el paso del tiempo; ni con la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta. / **INDEXACIÓN** - busca contrarrestar el envilecimiento del dinero, ocurrido por el paso del tiempo.

**HECHOS:** se DECLARÓ no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. La apoderada judicial de PORVENIR S.A. por medio de recurso de apelación, señaló que al declararse la ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues como consecuencia de dicha ineficacia se debe presumir que nunca existió afiliación y al no asistir afiliación, tales rendimientos no se hubiesen generado; agregó que tampoco es posible imponer la obligación de restituir los gastos de administración a la AFP; y que no es procedente la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales, como quiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo; sostuvo que la ineficacia únicamente alcanza el acto de traslado o régimen pensional y no al contrato de seguro, por lo que, no resulta viable la devolución de primas de seguros previsional. Finalmente manifestó que no debe ordenarse la indexación de las sumas a devolver.

**TESIS:** (...) en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia (de los traslados al RAIS), 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. 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. Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 17 de junio de 2004 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A., existía la normatividad 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 la injerencia de su empleador, que al iniciar a trabajar le entregó los formularios de afiliación a PORVENIR sin explicarle que estaba cambiando de fondo. (...). 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 (...). (...) 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. (...) Los (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 cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

M.P. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 26/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintiséis-de enero de dos mil veinticuatro**

**23-337**

Proceso:	<b>APELA SENTENCIA</b>
Demandante:	<b>JORGE CARLOS GRAJALES RESTREPO</b>
Demandados:	<b>COLPENSIONES- PORVENIR S.A.</b>
Radicado No.:	<b>05001-31-05-007-2022-00152-01.</b>
Tema:	Ineficacia traslado
Decisión:	<b>CONFIRMA CONDENA</b>

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

Conforme memoriales allegados a esta instancia se reconoce personería al abogado DANIEL MATEO ORTÍZ GONZÁLEZ identificado con c.c. 1.037.595.355 y TP 342.083 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente los intereses de COLPENSIONES, conforme sustitución de poder que le hiciera la apoderada principal ELIANA MORENO PEDROZA, Representante Legal de la Sociedad MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S., quien a su vez, actúa como Apoderada General de COLPENSIONES, según E.P. No. 3374 de fecha 2 de Septiembre de 2019 de la Notaria 9ª del Círculo Notarial de Bogotá. Así mismo se reconoce personería a la abogada PAULA ANDREA ESCOBAR SÁNCHEZ identificada con C.C. 32.105.746 y la T.P. 108.843 del C. S. de la J., para representar los intereses del demandante según sustitución de poder que le hiciera el apoderado principal DIEGO ALBERTO MEDINA DÍEZ.

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 02** 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 **NULIDAD Y/O INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que realizó al RAIS incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración. Consecuencialmente se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación al sistema y recibir los aportes trasladados por la AFP. Así mismo solicita que se condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez desde el 10 de mayo de 2023.

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

- ✓ Que nació el 10 de mayo de 1961 por lo que en la actualidad cuenta con más de 60 años de edad.
- ✓ Que se afilió al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES el 18 de febrero de 1985 acumulando 475 semanas cotizadas.
- ✓ Que el 17 de junio de 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual a la AFP PORVENIR S.A.; sin embargo, la AFP no le suministró información respecto de dicho régimen como los requisitos para acceder a la pensión de vejez, con que IBC debía cotizar para acceder a una pensión anticipada o completar el capital para la pensión de vejez, ni le informó a que edad se redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.
- ✓ Que en toda la vida laboral ha cotizado más de 1.220 semanas.
- ✓ Que el 30 de noviembre de 2012 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen cuando contaba con 51 años de edad, es decir faltándole más de 10 años para el cumplimiento de la edad pensional; sin embargo en septiembre de 2014 se percató que sus aportes no aparecían en la historia laboral de COLPENSIONES por lo que se dirigió a la entidad donde le informaron que el 30 de noviembre de 2012 al parecer se emitió un documento donde se solicitó corrección del formulario de traslado por presentar una inconsistencia, documento que nunca le fue notificado.

- ✓ Que tras realizar varias peticiones solicitando el traslado de sus aportes, sin recibir una respuesta de fondo, el 16 de octubre de 2014 COLPENSIONES le da una respuesta indicándole que la solicitud de traslado es improcedente.
- ✓ Que PORVENIR le siniestró una proyección pensional donde le indican que su mesada a los 62 años será la garantía de pensión mínima.
- ✓ Que el 10 de noviembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES la ineficacia y /o nulidad del traslado al RAIS, obteniendo respuesta negativa.
- ✓ Que en COLPENSIONES su pensión sería de \$2.245.666, la cual sería superior a la que reconocería el RAIS, generándose una diferencia de \$1.245.666.

### 1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controviertieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLPENSIONES aceptando la edad del actor, que este estuvo afiliado al ISS y las semanas que cotizó allí, el posterior traslado al RAIS, la solicitud que realizó ante Colpensiones de traslado en 2012, pero que no le consta lo sucedido con la misma y la solicitud de nulidad de la afiliación que presentó en 2021. Con respecto a los hechos restantes mencionó que le eran ajenos y por ende deben de someterse a debate probatorio.

Por su parte PORVENIR S.A. aceptó la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad en 1995. De otro lado negó el incumplimiento del deber de información al señalar que le brindó la asesoría adecuada, honesta, objetiva, clara, comprensible y necesaria acerca de las características, funcionamiento y diferencias de cada régimen, reseñando algunos aspectos, calificando de consiente e informada la decisión de traslado, firmando de manera libre, voluntaria y sin presiones. Respecto a los restantes hechos señaló que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

### 1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de noviembre de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín **DECLARÓ** no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de

ahorro individual del señor **JORGE CARLOS GRAJALES RESTREPO** incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse ya redimido y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiese realizado. Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalles de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante. Y **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a recibir esos dineros, acreditando lo aportado como semanas efectivamente cotizadas.

Finalmente **CONDENÓ** en costas a **PORVENIR** fijando como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir interpuso y sustentó 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, lo que no ocurrió, sujetándose para el efecto en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral.

De otro lado, consideró que no era procedente reconocer la pensión de vejez, toda vez que el actor no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003, pues si bien cumple con el requisito de la edad no cuenta con las 1.300 semanas exigidas en la norma, pues según la historia laboral allegada cuenta con 1.259 semanas cotizadas, las cuales son insuficientes para acceder a la prestación.

### **2.2. APELACIÓN PORVENIR**

Señaló que la condena a cargo de la AFP de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración está desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, pues al declararse la ineficacia del acto jurídico deben devolverse por las partes los patrimonios que quedaron sin justificación. Agregó que si bien esa restitución no ofrece mayor complejidad cuando el traslado patrimonial versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando éste se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer particularmente, como es este caso, de las gestiones de administración de los recursos del afiliado, que en cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, invirtieron los recursos del sistema y generaron una rentabilidad a favor del afiliado, logrando incrementar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, lo que no hubiese sucedido en el régimen de prima media. Por consiguiente, insiste que al declararse la ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues como consecuencia de dicha ineficacia se debe presumir que nunca existió afiliación y al no asistir afiliación, tales rendimientos no se hubiesen generado.

Agregó que tampoco es posible imponer la obligación de restituir los gastos de administración a la AFP, pues su actuar al momento de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual se ajustó a los designios del legislador. Adujo que cuando el legislador impuso a las AFP las obligaciones consagradas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, fue precisamente con el objetivo de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para que sirva el cumplimiento de la finalidad a la cual se encuentra afecto, esto es, servir para una financiación de pensión de vejez. Desde esa perspectiva resulta alejado el funcionamiento del RAIS considerar como un detrimento el patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en los que incurre la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro, sino la conservación de los recursos entregados por el afiliado.

De otro lado manifestó que tampoco es procedente la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales, como quiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo, por lo que es claro que una vez agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva, la totalidad de la prima acordada, cómo se colige del artículo 1070 del Código de Comercio; seguro que es adquirido por las AFP en virtud de una obligación legal estipulada en el artículo 108 de ley 100 de 1993. Además existe una coalición negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro provisional, lo que supone analizar como las vicisitudes de 1 afectan al otro. La modalidad de dicho seguro provisional corresponde a un

esquema de cobertura por ocurrencia, según el cual cada vigencia indemniza las totalidades siniestros ocurridos durante la misma, con independencia de dónde se encuentra el afiliado a la hora de realizar la calificación o de cuando se haga la solicitud de reconocimiento pensional. Lo anterior significa que la entidad encargada para el reconocimiento y pago de la suma adicional sería aquella que recibió válidamente la prima de seguro provisional en la fecha en que ocurrió el siniestro, sin que para tal momento la respectiva póliza, se encuentre vigente. En efecto, los recursos provenientes del esquema de aseguramiento no pueden ser girados o reintegrados, porque según las normas que rigen la utilización de esas reservas, los siniestros ocurridos durante la vigencia del contrato del seguro provisional de esa aseguradora se pagarán solo a través de la AFP que tenía afiliado al momento de estructuración del siniestro. insistió que debe tenerse en cuenta que por virtud del principio de taxatividad, la ineficacia únicamente alcanza el acto de traslado o régimen pensional y no al contrato de seguro, de tal forma que este último, durante su vigencia, fue plenamente eficaz y produjo sus efectos. Por esta razón no resulta viable la devolución de primas de seguros previsional, del cual fue asegurado y beneficiado el afiliado, pues por una parte se está afectando la sostenibilidad financiera de la pensión de vejez y sobrevivencia y por otra parte, se estaría afectando, en virtud de un fallo judicial, los derechos y garantías constitucionales debidamente protegidos a las aseguradoras.

Finalmente manifestó que no debe ordenarse la indexación de las sumas a devolver, tal y como lo ha estimado el Tribunal Superior de Cali en sentencias del 9 de junio de 2023, radicado 7600131050182023013101, del 8 de septiembre de 2023 radicado 7600131050072023 010101, igualmente reiterada en sentencia del 14 de julio de 2023, radicado 7600131050082023010101.

### **2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Presentaron alegatos COLPENSIONES y la parte actora reiterando los argumentos esbozados tanto en la demanda como en la contestación

En primer lugar COLPENSIONES adujo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, dado que la afiliación del demandante se realizó en forma libre y voluntaria, recibiendo una información de las condiciones básicas del RAIS por parte de la AFP, por lo que no se probó el incumplimiento del deber de información, además de que el actor no puede regresar al Régimen de Prima Media porque se encuentra en la prohibición legal por faltarle menos de 10 años para la edad pensional. Agregó que la declaratoria de ineficacia no es oponible frente a terceros de buena fe, en

este caso Colpensiones, pues con la misma se afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente señaló que de confirmarse la sentencia de primera instancia se debe ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el valor del 100% del aporte realizado por la demandante, esto es, que a más de los aportes, rendimientos, el valor del descuento al fondo de pensión de garantía mínima, también traslade todos los gastos de administración y los valores descontados por cuotas de seguros previsionales a que hubo lugar durante el tiempo en que la demandante ha estado afiliada a dicha administradora, sumas estas que deberán ser debidamente indexada.

Finalmente la parte demandante solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que la AFP incumplió la obligación de brindarle una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consciente sobre las implicaciones del traslado de régimen, por lo que se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del mismo conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

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

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, el problema jurídico consiste en determinar que conceptos le corresponde devolver a la AFP como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y si los mismos deben ser indexados.

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 apelación, 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.

Por ello inicialmente se establecerá 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.

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

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el

que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 17 de junio de 2004 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 49 del archivo 03 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 la injerencia de su empleador, que al iniciar a trabajar le entregó los formularios de afiliación a PORVENIR sin explicarle que estaba cambiando de fondo.

Y es que expresamente el señor JORGE CARLOS GRAJALES en el aludido interrogatorio expuso que se dedica a la representación de empresas en línea de ventas. Señaló que su motivación para trasladarse a Colpensiones es tener una vejez más digna. Adujo que cuando se trasladó a PORVENIR no recibió ninguna asesoría, que solo le hicieron firmar unos documentos en la empresa que iba a empezar a trabajar y en ese momento con la necesidad de trabajar no revisó y firmó las afiliaciones. Indicó que en ese momento no le informaron que iba a cambiar de fondo, solamente le pasaron los documentos de afiliación y él firmó ingenuamente porque desconocía que era tan fácil que lo trasladaran. Manifestó que no recibió asesoría por parte del fondo privado, que él se acercó al fondo cuando se enteró que estaba en el fondo donde le dijeron que no podía trasladarse, pero

tampoco le dieron mayor información. Indicó que su abogado fue quien le indicó cual sería la diferencia en la mesada pensional que recibiría en PORVENIR y la de COLPENSIONES.

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 del asesor.

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS el demandante no fue informado sobre las implicaciones de su traslado, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el obtener una pensión a una edad inferior es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se les habló de modalidades de pensión, aspecto vital si tenemos en cuenta que en algunas categorías donde existe una renta vitalicia, el riesgo financiero y de longevidad lo corre una aseguradora y no la afiliada por lo que la heredabilidad del capital adquiere otros matices, dado que en caso de muerte ostentando la calidad de pensionada y ante la inexistencia de beneficiarios, el capital de la cuenta de ahorro individual es inexistente al ser utilizado para el pago de una prima única por lo que ningún monto engrosa la masa sucesoral. Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que tuviese claridad que el monto de la mesada estaba íntimamente ligado al cúmulo de aportes y rendimientos que 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 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.

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 el a quo, quien acertadamente ordenó a PORVENIR S.A. devolver todos los valores antes referenciados.

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.

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 la afiliada 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.

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 Protección 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.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, tal y como de forma acertada lo ordenó la a quo.

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.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000.

## 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**

---

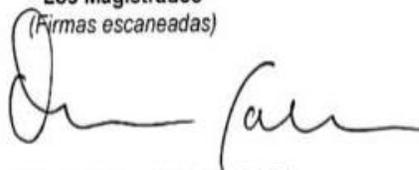
<sup>1</sup> Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

**PRIMERO: CONFIRMA** la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JORGE CARLOS GRAJALES RESREPO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 10.105.089 contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

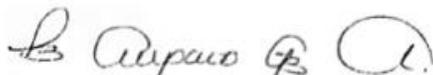
**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000.

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:

Demandante: **JORGE CARLOS GRAJALES RESTREPO**  
Demandados: **COLPENSIONES- PORVENIR S.A.**  
Radicado No.: **05001-31-05-007-2022-00152-01.**  
Decisión: **CONFIRMA CONDENA**  
Fecha de la sentencia: **26/01/2024**

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/162> 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 **29/01/2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario