

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Genera, como consecuencia, 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./

HECHOS: Solicitó la demandante se declare la Ineficacia del traslado al RAIS considerando que ha estado afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad y como consecuencia de lo anterior se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todo lo percibido, consecuentemente se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el sistema, recibir los aportes y actualizar su historia laboral. El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín concedió las pretensiones de la demanda. La Sala establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación, y si es procedente reconocer la pensión de vejez en los términos ordenados por el despacho.

TESIS: 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.(...) 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. (...) 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. (...) A la luz de lo reglado 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. (...) 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 afiliación mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen. (...)

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se confirmará la decisión en este punto. (...) 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 (Tal 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). (...) Así las cosas, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal. (...) Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia 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. (...) Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que, para la demandante, es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 57 años en el caso de las mujeres, además de 1.300 semanas cotizadas al sistema. (...) En cuanto a la densidad tenemos que, de acuerdo con las diversas Historias Laborales allegadas por las entidades y a los certificados de información laboral de entidades públicas, cotizó 200.57 semanas al régimen de prima media y 1.106,4 semanas a Porvenir S.A., para un total de 1.311 semanas reportadas, superando así el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003.(...) NO existe certeza del último aporte del accionante al sistema, se CONFIRMARÁ la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, dado que no hay constancia del último aporte al sistema.

MP: ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 10/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diez de mayo de dos mil veinticuatro

24-042

Proceso: CONSULTA
Demandante: **EUNICE PALACIOS REALPE**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-008-2023-00099-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA y ADICIONA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a conocer en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado de 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 16** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó la demandante se declare la **INEFICACIA** del traslado al RAIS considerando que ha estado afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad y como consecuencia de lo anterior se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones el capital, los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, las primas de reaseguro del Fogafín, las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993. Consecuencialmente se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación en el sistema, recibir los aportes y actualizar su historia laboral, así como reconocerle la pensión de vejez desde el cumplimiento de los requisitos mínimos, junto con los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

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

- ✓ Que nació el 25 de septiembre de 1966, por lo que a la radicación de la demanda contaba con más de 56 años de edad.
- ✓ Que se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS en junio de 1991, donde realizó aportes hasta el mes de noviembre de 1996, habiendo cotizado 200,57 semanas.
- ✓ Que para noviembre de 1996, cuando se encontraba laborando para la Fundación Valle del Lili, su empleador a través de una directiva institucional le indicó que debía trasladarse de fondo a PORVENIR S.A.
- ✓ Que no fue visitada por asesor comercial alguno y su empleador tampoco le indicó que con la firma que estaba plasmando en el formulario de afiliación estaba consintiendo un traslado de régimen, ni le explicaron las diferencias existentes entre ambos regímenes, ni las implicaciones del traslado, ni las características especiales del RAIS.
- ✓ Que no recibió asesoría completa, específica, determinada, ni le fue ofrecido ningún tipo de información respecto de los efectos, beneficios y desventajas del traslado que realizaría del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por parte de PORVENIR, que le permitiera tomar una decisión consciente, libre e informada respecto del acto jurídico que estaba celebrando.
- ✓ Que fue víctima del reclutamiento desmedido e irresponsable que realizaron los fondos privados para buscar afiliados, sin calcular las consecuencias negativas de dicho traslado.
- ✓ Que solicitó a PORVENIR y COLPENSIONES el traslado, recibiendo respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

En primer lugar, COLPENSIONES únicamente aceptó los hechos referentes a la fecha de nacimiento de la demandante y la solicitud de traslado presentada ante la entidad a la cual se le dio respuesta negativa. Respecto a los restantes hechos señaló que no le constan por lo que serán objeto de debate probatorio.

Por su parte PORVENIR aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la fecha en que se afilió a dicho fondo, aclarando que esto se dio después de recibir asesoría adecuada, correcta, suficiente y oportuna de parte de la AFP. De otro lado indicó que no es cierto que se haya omitido el deber de información, pues al momento del traslado a la actora se le explicaron todas las características del RAIS y las diferencias con el RPM, así como las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, por lo que su afiliación fue libre. Frente a los restantes hechos indicó que no le constan o se trata de apreciaciones subjetivas por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 31 de enero de 2024, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A.** efectuar el traslado a **COLPENSIONES** de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del ahora demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, incluyendo las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, lo cual deberá hacer dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

ORDENÓ a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante conservando los beneficios que la misma tenía al momento de su traslado de régimen.

CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora EUNICE PALACIOS REALPE la pensión de vejez a partir del día siguiente a la última cotización, la cual se reconocerá en virtud de lo dispuesto el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 13 mesadas anuales; para la liquidación de la prestación deberá darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la referida ley, que regulan el IBL y la tasa de reemplazo, autorizándose el respectivo descuento en salud de las respectivas mesadas pensionales. Así mismo se condenó a Colpensiones a INDEXAR las mesadas adeudadas a la fecha de pago.

Condenó en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor de la demandante

Dentro del término concedido por ninguno de las partes interpuso 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 las administradoras del RAIS, en quienes 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.

Respecto al reconocimiento pensional, consideró que la demandante cumplía con los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 797 de 2003, toda vez que contaba con más de 57 años de edad, los que alcanzó el 25 de septiembre de 2023 y más de 1300 semanas de cotización, por lo que condenó a Colpensiones a reconocer dicha prestación a partir de la fecha que se acredite el retiro del sistema de pensiones.

2.2. CONSULTA

Toda vez que contra la sentencia de primera instancia no se interpuso ningún recurso, por lo que el proceso fue remitido para conocer el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, según lo dispone el artículo 69 del CPT y SS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, ya que la sentencia le fue adversa a COLPENSIONES, con el fin de salvaguardar los intereses del Estado como garante de esta entidad, conforme a lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencias 51237 de 4 de diciembre 2013 y 40.200 de 2015, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas.

2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Presentaron alegatos la demandante y PORVENIR y COLPENSIONES reiterando los argumentos esbozados en la demanda y en la contestación.

En primer lugar la parte actora solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia pues quedó establecido que al momento de firmar el formulario de afiliación a la AFP la demandante no fue informada sobre las implicaciones de dicha decisión, dado que la entidad no cumplió con su deber de

información al no brindarle una información clara, completa, precisa y veraz al momento del traslado conforme lo ha indicado de forma pacífica la jurisprudencia.

Por su parte PORVENIR adujo que quedó acreditado que la AFP cumplió con el deber de brindar al actor la información exigida para el momento del traslado pensional y que este conocía las características del RAIS, conforme quedó plasmado en el formulario de afiliación. Además solicitó que en caso de declararse la ineficacia Porvenir tiene derecho a que le reembolse la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente deberán estar obligadas a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad, que en la totalidad de los casos son inferiores a los generados por las AFP en el RAIS y si se considera que, sí hay lugar a restituir en su totalidad los rendimientos generados en el RAIS, también deberá autorizar a las AFP a descontar las expensas de los gastos que se hayan hecho en favor del afiliado en procura de generar tales rendimientos, es decir, los gastos en los que incurrió Porvenir para poder generar los rendimientos que están beneficiando únicamente a la parte demandante. Finalmente aduce que no hay lugar a devolver lo descontado por gastos de administración, ni los seguros previsionales, ni mucho menos a que estos emolumentos sean indexados.

Finalmente, COLPENSIONES indicó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada toda vez que no existe posibilidad para darle a conocer al afiliado las ventajas o desventajas de cada régimen, como asegura el a quo, pues determinar que existe ventajas en uno sobre otro, sería como indicar que obró mal el legislador a la hora de regular cada uno de los regímenes quebrantando el principio de la igualdad en los afiliados. Además indicó que no es posible el traslado porque a la afiliada le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional ni tampoco puede declararse la nulidad de la afiliación porque no se probó ningún vicio en el consentimiento ni omisión alguna al deber de información, pues la asesoría que se dio a la actora al momento del traslado se hizo conforme a las normas vigentes para la época. Subsidiariamente solicita que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado se ordene a la AFP la devolución de la totalidad de su más obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demanda como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, debidamente indexados.

3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, que 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.

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. Aunado a ello se determinará qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada y si es procedente reconocer la pensión de vejez en los términos ordenados por el despacho.

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 LA 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 reglado 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. Este último fallo lo reafirma:

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

Del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente el 12 de noviembre de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl. 38 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 la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador, pero sin que mediara una asesoría por parte del fondo.

Y es que expresamente la señora EUNICE PALACIOS REALPE en el interrogatorio absuelto indicó que es enfermera especialista en nefrología. Expresó que antes de trasladarse de régimen cotizó en el ISS desde que empezó a laborar hasta 1996, que se trasladó al RAIS pero esto no fue una decisión personal ni consciente ni informada, dado que el traslado fue una imposición institucional en la clínica donde ella laboraba en 1996, en la Clínica de la Fundación Valle del Lili, donde le dieron la directriz que todos los empleados cambiaban de fondo de pensiones, momento en el que se le dijo que las garantías del fondo eran las mismas que solo cambiaba el nombre del fondo, por lo que no tuvo la posibilidad de ahondar en la información para tomar la decisión. Para el traslado, la AFP no la presionó, pero si hubo falta de información, porque el empleador solo dio la orden de pasarse de fondo, después de eso aparecieron funcionarios de la AFP durante el turno de trabajo para que firmara el formulario. Indicó que desea regresar a Colpensiones porque ahora sabe que su pensión sería superior y coherente con el trabajo que ha realizado durante toda la vida. Manifestó que cuando firmó el formulario, este no contenía un conocimiento informado porque no se indicaban las consecuencias del traslado. Señaló que no buscó el traslado antes porque no tenía la información sobre su situación pensional, la cual solo comprendió hace unos 3 años que fue al fondo y le explicaron cómo sería su pensión. Adujo que no sabía que sus aportes tenían rendimientos en Porvenir, que si bien ella recibía extractos no los comprendía. Indicó que en PORVENIR le hicieron una proyección donde le dijeron que su mesada sería de \$1.600.000 mientras que consultó como sería en Colpensiones y le informaron que podía ser hasta 4 veces dicha suma.

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

En tal contexto, es claro que al momento de suscribir el formulario de vinculación a Porvenir la demandante no fue informada sobre las implicaciones de su afiliación al RAIS, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión anticipada en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si el

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

Por consiguiente, es claro que era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de afiliación mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES **todos** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **CONFIRMARÁ**

la decisión adoptada por la a quo, quien acertadamente ordenó a Porvenir 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.

Así las cosas, lo procedente es el retorno de la totalidad del dinero recibido por concepto de afiliación, toda vez que no se puede ver afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente al monto total del correspondiente aporte legal.

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** 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., 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 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, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir S.A., deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **ADICIONARÁ** el fallo proferido por la a quo.

PENSIÓN VEJEZ.

Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que para la señora EUNICE PALACIOS REALPE es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 57 años en el caso de las mujeres, además de 1.300 semanas cotizadas al sistema.

Lo anterior por cuanto la demandante nació el 25 de septiembre de 1966, conforme se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 30 del archivo 03 del expediente digital, cumpliendo 57 años el mismo día y mes del año 2023, y aunque NO obra en el plenario el Registro Civil de Nacimiento, aquel dato sí es coincidente con el que aprecia en la restante documentación, incluso incorporada por Porvenir S.A., entre ellas la Historia Laboral (fl 68 y ss archivo 14), e inclusive en la Historia Laboral expedida Colpensiones visible a folios 31/34 del archivo 03, entidad que por demás, mediante Concepto 4273229 de 2013² reconoció que la cédula era un documento idóneo para acreditar la edad al momento de reclamar este tipo de prestaciones económicas. Así mismo la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL5653-2018, SL15996-2014, SL 15788-2017, ha indicado que existe libertad probatoria respecto a este aspecto.

En cuanto a la densidad tenemos que, de acuerdo con las diversas Historias Laborales allegadas por las entidades y a los certificados de información laboral de entidades públicas, cotizó 200.57 semanas al régimen de prima media y 1.106,4 semanas a Porvenir S.A. fl 68 archivo 14) para un total de **1.311** semanas reportadas, superando así el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003.

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.*

² 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.*

De otro lado, en cuanto al **DISFRUTE**, se ha considerado que éste se da cuando una vez reunidos los requisitos, el afiliado solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro o desafiliación del sistema, pues para la liquidación de la prestación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, ya que mal se haría en reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

Así las cosas, basta con verificar la desafiliación o retiro del sistema, hecho que no sólo se prueba con el reporte expreso de la novedad de retiro, sino que también en algunos casos donde el afiliado deja de cotizar pero omite reportar formalmente su retiro, el hecho del que inequívocamente se infiere la voluntad de desafiliarse es la presentación de la reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión, lo que constituye una manifestación indiscutible de la voluntad de cesar el pago de sus cotizaciones para empezar a disfrutar de la pensión.

De ahí que tal prestación esta llamada a disfrutarse a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, hecho del que no existe certeza en el plenario, toda vez que la Historia Laboral obrante en el archivo 68 y ss del archivo 14, si bien refleja una última cotización para el ciclo de abril de 2023, debe tenerse en cuenta que esta fue expedida en mayo de 2023, es decir en fecha cercana a tal data, esto aunado al hecho que la actora indicó en su interrogatorio que continuaba laborando.

Por tanto, como NO existe certeza del último aporte del accionante al sistema, se CONFIRMARÁ la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, dado que no hay constancia del ultimo aporte al sistema

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, **ADICIONÁNDOLA** en el aspecto antes aludidos.

Sin costas en esta instancia.

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

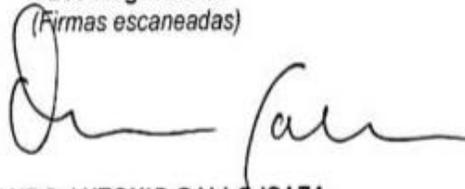
PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 31 de enero de 2024 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **EUNICE PALACIOS REALPE** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 51.832.967, en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la providencia, bajo el entendido que **PORVENIR S.A.**, trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debidamente **INDEXADOS** al momento del pago, oportunidad en la que **además deberán discriminar** los conceptos entregados a COLPENSIONES E.I.C.E., detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

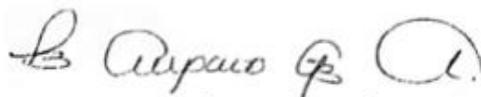
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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: **EUNICE PALACIOS REALPE**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-008-2023-00099-01.
Decisión: **CONFIRMA y ADICIONA**
Fecha de la sentencia: **10/05/2024**

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 **14/05/2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario