

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos.

HECHOS: que tras la declaratoria de INEFICACIA Y/O NULIDAD del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de mi poderdante (...) El problema jurídico será establecer si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

TESIS: 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. (...) 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. (...) Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación 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 (...) Por otra parte, 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. (...) Finalmente, 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.

M.P. ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 16/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, dieciséis de febrero de dos mil veinticuatro

23-345

Proceso: APELACIÓN SENTENCIA
Demandante: **JAIRO ALONSO JARAMILLO GALLEGO**
Demandado: **COLPENSIONES –PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-009-2023-00260-01.
Tema: Ineficacia Traslado
Decisión: **CONFIRMA**

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

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la parte actora mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA Y/O NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de mi poderdante, al igual que los gastos de administración, sus rendimientos financieros, las comisiones con cargo a sus propias utilidades, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos sus frutos, intereses junto con la indexación y demás a que haya lugar. Y

consecuencialmente se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas y reactivar su afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 2 de octubre de 1963, por lo que a la radicación de la demanda tenía más de 59 años de edad.
- ✓ Que estuvo afiliado al régimen de prima media a través del ISS hoy COLPENSIONES desde 1989 y posteriormente en el año 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR
- ✓ Que en el momento del traslado la AFP PORVENIR no le brindó una asesoría completa ni le explicó que su mesada podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, solo le indicó que era mejor realizar el traslado.
- ✓ Que a la fecha le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que la AFP le negó el traslado a COLPENSIONES.
- ✓ Que el 23 de mayo de 2023 solicitó a COLPENSIONES el traslado de fondo sin haber recibido respuesta,
- ✓ Que si se pensionara en el RAIS su mesada pensional sería equivalente al salario mínimo, mientras que en el Régimen de Prima Media su mesada sería de \$2.300.478.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Inicialmente COLPENSIONES aceptó la edad del actor, la afiliación del mismo al ISS y su posterior traslado al RAIS, así como la solicitud que realizó el demandante para lograr su retorno al régimen de prima media. Respecto a los demás indicó que no le constan o se trata de apreciaciones de la parte actora que deberán probarse.

Por su parte PORVENIR adujo que no es cierto que se haya omitido el deber de información con la demandante al momento de la afiliación a dicho fondo, puesto que la afiliación realizada por el actor fue libre y voluntaria, después de haberse brindado una asesoría completa y detallada acerca de los pormenores, implicaciones que implicaba dicha decisión, además de que traslado se dio en

cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época precedido de una adecuada asesoría. Respecto a los demás hechos adujo que no le constan.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 28 de noviembre de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. **CONDENÓ** a la **AFP PROTECCIÓN S.A. y a la AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria la providencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del señor JAIRO ALONSO JARAMILLO GALLEGO junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de las sumas seguro previsional y reaseguros, 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 justifique.

ORDENÓ a **COLPENSIONES** recibir los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.

Finalmente condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A., fijando las agencias en derecho en la suma de \$2.320.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido la apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

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

2.2. APELACIÓN PORVENIR

Señaló que no es procedente la declaratoria de ineficacia, pues en este caso no es posible dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues atendiendo a lo ya considerado por el honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, dicha jurisprudencia solamente reprocha las actuaciones adelantadas por las AFPS en los procesos de traslado de régimen pensional, por tanto no habría lugar a la aplicación de dicha jurisprudencia en el presente caso.

De otro lado indicó que tampoco puede imponerse a la AFP la condena a trasladar los gastos de administración, lo anterior por cuanto se tiene que esta suma ya fueron debidamente invertidas en las formas exigidas en la ley y no se encuentran en el poder de la demandada, ya que fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante. Por tanto, indicó que, en caso de que se ordene retornar todos los rendimientos causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad y no hasta el tope de los que son causados en el régimen de prima media, resultan necesario autorizar el descuento de la restitución mutua que haya lugar, ya que independientemente del motivo que da lugar a la ineficacia, el fondo se le debe reconocer los gastos de administración en que ha incurrido a favor del afiliado para generar esos rendimientos financieros, pues debe reconocerse que en la actualidad PORVENIR administra unos recursos ostensiblemente aumentados y tiene derecho a una compensación económica.

Así mismo advirtió que aquellos dineros que se destinaron a los seguros de invalidez y sobrevivencia, se cubrió el demandante durante toda su afiliación frente a las contingencias de invalidez y muerte, es decir, que se cumplió con la finalidad de la ley sin que sea admisible su devolución, aunado al hecho que existe imposibilidad material dado que estos dineros ya no están en poder de la administradora.

Por otra parte adujo que es improcedente la condena a la indexación de gastos de administración de seguros previsionales, comoquiera que ante la condena de reintegro de rendimientos, estas son sumas superiores a ese eventual orden y permitirán a Colpensiones cubrir el reconocimiento pensional con un bien mejorado producto de la profesional gestión de la AFP, por lo que cubre cualquier indexación o valor adicional porque se pretenda someter a Porvenir.

Finalmente indicó que ordenarse trasladar lo aportado al Fondo de Garantía de Pensión mínima con cargo los recursos de Porvenir, desborda las consecuencias propias de la ineficacia, lo anterior por cuanto se tiene que no puede afectarse el patrimonio de la AFP teniéndose que ese fondo en su momento pudo haber beneficiado al demandante.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron alegatos Porvenir y la parte demandante reiterando los argumentos expuestos tanto en demanda, como en la contestación y en el recurso de alzada.

En primer lugar PORVENIR insistió en la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, enfatizando en que el traslado se dio de forma libre y voluntaria y en acatamiento de las normas vigentes; así mismo reiteró que es improcedente la devolución de los gastos de administración, dado que estos descuentos se hicieron conforme a la Ley y finalmente solicitó se revoque la condena en costas aduciendo que el actuar de la entidad siempre estuvo ajustado a derecho.

Por su parte la parte actora señaló que debe confirmarse la sentencia de primera instancia dado que se cumplen los presupuestos jurisprudenciales para declararse la ineficacia del traslado del demandante al RAIS por incumplimiento al deber de información.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A y si estos deben ser indexados.

Así mismo, 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.

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 algunos fondos privados brindaban, se pudiera convalidar ese traslado original.

Por las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al RAIS, resulta claro que ha optado por la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un*

servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

Ese deber de información ha estado presente desde la creación del Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia. E incluso desde antes. En efecto, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

La propia corte, en la sentencia 68.838, multireferenciada, elabora un cuadro que intenta mostrar la evolución normativa en la materia. Así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
<p>Deber de información</p> <p>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</p>	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	<p>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</p>
<p>Deber de información, asesoría y buen consejo</p>	<p>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	<p>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</p>
<p>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</p>	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa n.° 016 de 2016</p>	<p>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</p>

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por el demandante se desprende que para la época de traslado al RAIS, concretamente el 08 de diciembre de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 73 archivo 07 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 al funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por la injerencia de su empleador, sin que mediara asesoría alguna por parte del fondo, quien no podía delegar su deber de información en un tercero.

Y es que expresamente el señor JAIRO ALONSO JARAMILLO GALLEGO en el interrogatorio absuelto indicó que es mayordomo y su grado de escolaridad es bachiller. Respeto al traslado a PORVENIR señaló que esto fue en el municipio del Guamo –Tolima en diciembre de 1995 y el se encontraba laborando en la construcción de una vía, por lo que no estaba residenciados en el pueblo sino en

campamentos, a donde les llevaron el contrato y el formulario de afiliación a Porvenir, previamente diligenciados, para que él los firmara y ser regresados a la empresa. Indicó que en el momento solo le dijeron que era el formulario de afiliación, pero no era consciente de que se estaba cambiando de régimen, el firmó porque fue lo que le envió su empleador. Señaló que los pocos extractos que recibió del fondo ni los revisaba porque no los entendía. Manifestó que cuando se trasladó no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse porque nunca fue asesorado y él siempre trabajaba en zonas alejadas de los pueblos. Indicó que quiso pasarse a COLPENSIONES en 2019 que llegó a Medellín porque se quedó sin trabajo, entonces fue a PORVENIR a averiguar por su situación pensional y en cuanto más o menos le quedaría su pensión si cotizaba con 3 salarios mínimos y ahí fue que le dijeron que se pensionaría con un salario mínimo, por eso no quiso trasladarse antes, porque no tenía conocimiento del tema pensional, además el permanecía laborando en zonas alejadas. Dijo que sabe que en Colpensiones su pensión sería más alta por lo poco que lo ha asesorado su apoderada

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó, como lo destacó el fallador, la existencia de una explicación 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 de la 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 el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

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

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

En otras palabras, 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.

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

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

De otro lado, respecto a **la indexación** de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de PORVENIR 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 SL3710-2021¹, 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.

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.300.00 a favor del demandante.

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.*

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

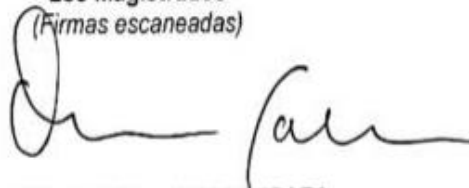
Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **DECIDE**

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2023 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JAIRO ALONSO JARAMILLO GALLEGO**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 3.587.898, contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

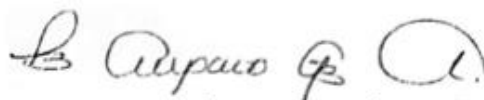
SEGUNDO: Costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.300.00 a favor del demandante.

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: **JAIRO ALONSO JARAMILLO GALLEGO**
Demandado: **COLPENSIONES –PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-009-2023-00260-01.**
Decisión: **CONFIRMA**
Fecha de la sentencia: **16/02/2024**

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 **19/02/2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario