

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACION - 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.

HECHOS: Solicita la demandante que tras la declaratoria de INEFICACIA de la afiliación a la administradora del RAIS se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Y en consecuencia se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, incluida la comisión de administración y el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima. El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la 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 de la demandante. El problema jurídico se establecerá en 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.

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.(...)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.(...)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.(...)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. (...). 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».(...)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.(...)Esta magistratura encuentra una contradicción entre las consideraciones del Tribunal Constitucional cuando se muestra preocupado por la afectación del principio de la sostenibilidad fiscal con la masiva migración de los afiliados del régimen de prima media como efecto de las ineficacias declaradas por la jurisdicción ordinaria laboral, a pesar de lo cual avala esa posición jurídica y su reflexión para negar las devoluciones enunciadas como consecuencia de esa misma ineficacia, a saber, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, donde el respeto por ese principio apenas sí aparece enunciado, como si no impactara, por ser cuantitativamente inferior, la sostenibilidad fiscal. Más precisamente, en el numeral 312 lo enuncia así, “...el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado”.(...)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.(...)

MP:ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 30/10/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, treinta de septiembre de dos mil veinticuatro

24-208

Proceso: **CONSULTA**
Demandante: **MARIA NERSA TREJOS CARDONA**
Demandado: **COLPENSIONES- PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-025-2023-00108-01**
Tema: **Ineficacia traslado**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

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

Se personería a la doctora **JÉSSICA MARÍA LONDOÑO RÍOS**, identificada con c.c. 1.053.801.795 y TP 348.069 del CS de la J, para representar los intereses de la sociedad **PORVENIR S.A.** por encontrarse inscrita dentro del certificado de existencia y representación legal de **TOUS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.**, apoderada de la anterior.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante que tras la declaratoria de **INEFICACIA** de la afiliación a la administradora del RAIS se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Y en consecuencia se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a

COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, incluida la comisión de administración y el porcentaje descontado para el fondo de garantía de pensión mínima. Consecuencialmente se ordene a COLPENSIONES recibir dichas sumas y reflejarlas en su historia laboral como semanas efectivamente cotizadas.

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

- ✓ Que se afilió al régimen de prima media con prestación definida en el ISS en marzo de 1990.
- ✓ Que el 1° de marzo de 20024 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la APF PORVENIR, convencida que esta era su mejor opción pensional, ya que el asesor, sin mayores explicaciones, le indicó que en el fondo privado se pensionaría a la edad que quisiera y con un mayor valor pensional, manifestándole además que el fondo publico iba a desaparecer y que los únicos que manejarían las pensiones eran los fondos privados, donde con toda seguridad quedaría mejor pensionada y a menor edad.
- ✓ Que el asesor omitió informarle que el RAIS es muy diferente al RPM, pues no le explicó la forma de construir la pensión en dicho régimen, ni cual eran las modalidades de pensión, la edad redención del bono o como podía hacer para pensionarse anticipadamente, además no le entregó cuadros comparativos o proyecciones de ambos regímenes.
- ✓ Que nació el 19 de noviembre de 1966 por lo que cumple los 57 años de edad en la misma fecha de 2023, sin que haya sido reasesorada antes de cumplir los 47 años de edad.
- ✓ Que el 6 de diciembre de 2022 PORVENIR le realizó proyección de la mesada pensional donde le informaron que los 60 años su pensión sería de \$1.081.159, la que resulta muy inferior a la que hubiera obtenido en el régimen de prima media.
- ✓ Que al percatarse que le información que le había suministrado el asesor de PORVENIR no era cierta, intentó regresar al Régimen de Prima Media, radicando el formulario de rigor ante Colpensiones el 7 de marzo de 2023, entidad que le respondió de manera negativa por cuanto le faltaban menos de diez años para cumplir los requisitos para pensionarse, restricción que nunca le fue informada por la AFP.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

PORVENIR S.A. adujo que es cierta la fecha en la que la actora se afilió al ISS y la que se trasladó al RAIS, aclarando que en esta oportunidad a la demandada se le explicó la imposibilidad de determinar a priori el monto de la mesada pensional en el RAIS, explicándole las variables que influyen en el cálculo de la misma, precisando que la para fecha del traslado sí era cierto que su mesada sería superior, situación que cambió por la variación de las tasas de intereses con el pasar de los años, lo que afectó la rentabilidad de los aportes. Insistió en que la afiliación de la demandante se dio de forma libre y voluntaria, después de habersele brindado una adecuada asesoría acerca de las características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que no es cierto que la entidad no le haya brindado una información adecuada. Frente a los restantes afirmó que no le constan.

Por su parte COLPENSIONES aceptó como cierto la fecha de nacimiento de la actora y la reclamación administrativa ante la entidad a la cual se le dio respuesta negativa. Frente a los demás hechos manifestó que no le constan o se trata de apreciaciones de la parte actora por lo que deberán ser objeto de debate probatorio.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 16 de julio de 2024, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS, advirtiendo que la 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 de la demandante, incluyendo las cotizaciones y los rendimientos financieros generados desde el 1 de mayo de 2004 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de los recursos, así como el valor del bono pensional en caso de que ya se hubiese redimido y pagado efectivamente. Dispuso que al momento de cumplirse esta orden los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante

Igualmente CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A los valores aludidos en el numeral anterior, y a incorporarlos como cotizaciones pensionales efectivas en la historia laboral de la demandante.

Finalmente condenó a PORVENIR S.A. a pagar las costas del proceso a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$1.300.000.

Dentro del término concedido por ninguno de las partes interpuso 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, excepto en lo atinente a los conceptos a retornar, pues estimó que solo procedía devolver los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, esto es aportes y rendimientos conforme a lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia SU-107 de 2024.

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 las entidades demandadas reiterando los argumentos esbozados en la contestación.

En primer lugar COLPENSIONES indicó que no es viable la declaratoria de ineficacia, dado que la actora se encuentra a menos de diez años de cumplir la edad pensional, aunado a que no se demostró ningún vicio en el consentimiento al momento de firmar el formulario de afiliación, aunado a que la AFP brindó la información conforme a las normas vigentes para la época. Finalmente solicitó que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia se ordene a la AFP la devolución del total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como

cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos.

Por su parte PORVENIR solicitó que se confirme la decisión de no ordenar a PORVENIR a trasladar gastos de administración y primas de seguro, con base en la sentencia SU-107 del 9 abril del 2024, sumado a que dentro del proceso se probó que la AFP cumplió con el deber de asesoría e información según la normatividad vigente para el momento del traslado.

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.

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:

Etapa acumulativa	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.

Así las cosas, del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época de la afiliación inicial al RAIS, concretamente el 13 de marzo de 1995, cuando suscribió el 1º de marzo de 2024 formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A. (fl 15 del archivo 01), existía la normatividad ya citada que aludía la existencia de un **deber de información, asesoría y buen consejo**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando la afiliación en su momento motivada el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle como podía acceder a estos.

Expresamente la señora MARIA NERSA TREJOS CARDONA en el aludido interrogatorio señaló que es docente. Respecto al traslado a PORVENIR manifestó que en ese momento estaba trabajando en un colegio cuando reunieron a todos los docentes y se presentó un asesor a darles información sobre el fondo, quien les indicó que les convenía el traslado porque podrían pensionarse a menor edad, pero no les explicaron que requisitos debían cumplir para tal fin, que no recuerda si en ese momento firmó el formulario de afiliación o fue después, que no leyó el formulario, la única información que le pidieron fue el nombre y la cedula. Adujo que en el correo electrónico ha recibido extractos de su cuenta, que en 2022 fue a PORVENIR para que se los dieran en forma física, que antes de cumplir 47 años no la contactaron para darle reasesoría, que en algún momento fue a COLPENSIONES para trasladarse y le dijeron que ya no podía por la edad. Manifestó que en 2022 fue que decidió demandar la ineficacia del traslado, motivada en que desea obtener una mejor pensión para tener más calidad de vida y no un salario mínimo, que sabe que su pensión sería este monto por lo que les ha sucedido a sus compañeros de trabajo. Expresó que en la actualidad tiene conocimiento que para pensionarse en Colpensiones debe cumplir con la edad y unas semanas cotizadas y que en PORVENIR los requisitos son diferentes.

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

En tal contexto, es claro que la AFP no demostró que al momento de suscribir el formulario de vinculación a PORVENIR, hubiera informado a la demandante 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, ya que de lo declarado por la representante legal de PORVENIR en su interrogatorio no puede establecerse cuál fue la asesoría brindado a la actora, pues esta indicó que no constaban con ningún registro de la información brindada más allá del formulario de afiliación, limitándose a expresar en forma general que las políticas de asesoramiento de la AFP para la época iban dirigidas a informar las características propias de los regímenes pensionales coexistentes, las diferencias entre uno y otro respecto al acceso a las diferentes prestaciones económicas y que era básicamente un preámbulo de los dos regímenes, pero aclarando que no contaban con ninguna constancia documental de cuál era la información que realmente entregaban los asesores a los potenciales afiliados, señalando además no se exigía una formación académica específica para quienes fungirían como asesores, ya que se les daban unas

capacitaciones para que estos trasladaran la información a los afiliados y que no había directriz de realizar proyecciones de cómo sería la pensión en ambos regímenes.

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, 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 **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR devolver solo los recursos de la cuenta de ahorro no así la totalidad de los tres ítems que componen los gastos de administración, ello por cuanto los mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Es preciso advertir que este despacho continuará siguiendo los dictados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuando ha indicado que al declararse la ineficacia de la afiliación las AFPs deben reintegrar a **Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos**. Pero, además, que también deberán devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en sentencia SU-197 de 2024, expresó:

En relación con estas 25 modalidades de devolución, es menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron.

Esta magistratura encuentra una contradicción entre las consideraciones del Tribunal Constitucional cuando se muestra preocupado por la afectación del principio de la sostenibilidad fiscal con la masiva migración de los afiliados del régimen de prima media como efecto de las ineficacias declaradas por la jurisdicción ordinaria laboral, a pesar de lo cual avala esa posición jurídica y su reflexión para negar las devoluciones enunciadas como consecuencia de esa misma ineficacia, a saber, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, donde el respeto por ese principio apenas sí aparece enunciado, como si no impactara, por ser cuantitativamente inferior, la sostenibilidad fiscal. Más precisamente, en el numeral 312 lo enuncia así, "...el valor de los aportes devueltos es, de ordinario, insuficiente para financiar una mesada con un IBC elevado".

En cambio, dada la índole de la perspectiva de la Corte Suprema de Justicia para declarar ineficaces esas afiliaciones, resulta plausible el retorno de todos esos rubros, pues la situación más cercana a dejarlas sin efectos y volver a situar las cosas en el estado anterior a la defectuosa afiliación, es precisamente esa devolución.

Recordemos 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.

Posición reiterada en múltiples providencias como las SL 2209 de 2021, SL 2297 de 2021, SL 756 de 2022, SL 554 de 2023, SL 1084 de 2023, SL 075 de 2024, SL 1236 de 2024, SL 925 de 2024 y SL 1046 de 2024, entre otras.

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.

Así mismo estima la Sala que debe ordenarse la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura, por lo que es procedente **ADICIONAR** el fallo toda vez que la juez omitió indicar 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, debían 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, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, todas las administradoras del RAIS accionada 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 **CONFIRMARÁ** el fallo.

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, **MODIFICÁNDOLA y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos 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: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 16 de julio de 2024 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MARIA NERSA TREJOS CARDONA**, identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 25.037.373, contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICA y ADICIONA el numeral segundo del fallo bajo el entendido que **PORVENIR S.A.**, trasladará a **COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante**, incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de

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.*

administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los cuales deben ser **indexados** a la fecha de pago.

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