

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO PENSIONAL - 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. / **BONO PENSIONAL** - Constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones. /

HECHOS: Solicita el demandante que, tras la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a Porvenir S.A. retornar a Colpensiones todos sus aportes, indexados. Finalmente, el juez de instancia acogió las pretensiones de la demanda y motivó su decisión 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. Siendo desfavorable la decisión para el extremo pasivo, se presentó recurso de apelación; de acuerdo a la inconformidad planteada en el recurso de alzada, el problema jurídico se circunscribe a establecer cuáles son los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia frente a Colpensiones y qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A. No obstante, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones. Es por ello que inicialmente se determinará 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.

TESIS: (...) 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. (...) Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a la administradora del RAIS y no a la parte actora, a la que le correspondía probar, como se indicó, que con antelación al diligenciamiento del formulario de traslado mediaba un consentimiento informado, el que en el caso aquí analizado se echó de

menos. Ello aunado a que ninguna confesión podría desprenderse de la versión dada por el accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen. (...) 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 2022 (...) Para el caso objeto de estudio, se desconoce si tales recursos integran los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual del afiliado. Toda vez que si bien en el certificado para bono se anuncia que la fecha de redención normal estaba prevista para el 24 de septiembre de 2009, y tenía un valor de liquidación provisional, lo cierto es que la última de las historias laborales expedidas con posterioridad, aunque refiere la existencia de un saldo acumulado, conformado por el bono y el dinero producto de cotizaciones y rendimientos, sólo registra en la CAI estos últimos valores. (...) En consideración a ello, aspecto que aquí se analiza en el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, se rectifica la postura que antes adoptaba la Sala en cuanto se disponía la anulación del bono y su retorno a la OBP debidamente indexado, y en su lugar se revocará aquel inciso del numeral segundo del fallo, únicamente respecto del aquí demandante, para ajustar la orden al precedente vertical.

M.P: ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA,

FECHA: 10/05/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diez (10) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

S24-056

Proceso: ordinario laboral- apelación sentencia
Demandante: **NELSON JULIO BENAVIDES JURADO**
Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05360-31-05-001-2022-00166-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA**

LINK: [05360310500120220016601](https://expediente.digitaal.gov.co/05360310500120220016601) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**, **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación formulado por las entidades accionadas en el 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 16** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que, tras la declaratoria de **INEFICACIA** o nulidad del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenándose a **PORVENIR S.A.** retornar a Colpensiones todos sus aportes (saldo de la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales, mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez), indexados.

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

- ✓ Que nació el 24 de septiembre de 1960.
- ✓ Que en la actualidad cuenta con más de 61 años y 1674 semanas cotizadas.
- ✓ Que el 16 de febrero de 1982 inició su vida laboral cotizando al ISS hoy Colpensiones donde permaneció hasta el noviembre de 1995, cuando se trasladó a Porvenir S.A. Reseña los aspectos que no le explicó el asesor, aduciendo que la administradora del RAIS NO le suministró un debido asesoramiento, dado que no fue lo suficientemente ilustrativa en trona a las bondades y ventajas de cara a su futuro pensional.
- ✓ Que administrativamente intento retornar al régimen de prima media, elevando la correspondiente reclamación, obteniendo una respuesta negativa de Colpensiones.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció **PORVENIR S.A.** quien aceptó los hechos relativos a la densidad de semanas cotizadas, aclarando que de las 1.683 que tenía el afiliado, 1.221 lo fueron en el RAIS, cuyo formulario fue suscrito el 11 de octubre de 1995. Señala que el traslado se trató de un acto producto de su voluntad y de una decisión libre e informada. Explica le brindó a la parte actora una asesoría clara, precisa, veraz y suficiente, en donde le informó las implicaciones de su decisión, relacionadas con el funcionamiento del RAIS, características que enlista. Le llama la atención el hecho de que el demandante haya estado 24 años en el Régimen de Ahorro Individual, y que, de manera sorpresiva, indique que no tenía conocimiento acerca de las condiciones y beneficios del traslado, y peor aún, que manifieste que no recibió asesoría cierta. Destaca que la CAI generó unos rendimientos del 72% de la suma total de capital.

Por su parte **COLPENSIONES** admitió los hechos referentes a la afiliación al otrora ISS, el traslado, la reclamación elevada, la respuesta suministrada. Esclareció que el actor cotizó a dicha entidad 469 semanas, inferiores a las aducidas en el libelo genitor. Los restantes no le constan y recalca la limitante de la edad que le impide al demandante retornar al régimen de prima media, así como las facetas de evolución del deber de información aspecto que contrasta con los postulados de la carga dinámica de la prueba.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 19 de febrero de 2024, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí, tras declarar la ineficacia del traslado a Porvenir S.A. y que el demandante se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, decidió que:

SEGUNDO: SE ORDENA a las sociedad ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiera recibido con motivo de las afiliaciones del señor NELSON JULIO BENAVIDES JURADO, en el proceso 2022 166... como cotizaciones, bonos pensionales en caso de existir, como es obvio a través del procedimiento legalmente establecido para su devolución, con los rendimientos que se hubieran causado, las sumas descontadas por concepto de comisiones por administración, con destino a las aseguradoras y reaseguradoras, las percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los últimos con cargo a sus propios recursos e indexados entregando debidamente detallado cada concepto al momento de su traslado, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, según se explicó en las consideraciones de la presente providencia.

Ordenó a Colpensiones recibir las sumas indicadas, consolidar las historias laborales y continuar como administradora de pensiones.

Condenó en costas a Porvenir S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.300.000 a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, las entidades accionadas interpusieron y sustentaron 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.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR S.A.

Su oposición se centra en torno a los conceptos que debe retornar, así como la indexación, última que NO resultaba procedente o compatible dado que se estaba ordenando retornar los rendimientos financieros causados por su administración, lo que sin duda alguna, compensarían cualquier tipo de pérdida del poder adquisitivo de los ítems que le correspondía devolver, óptica desde la cual ello implicaría una doble carga.

Destaca que la cotización del demandante nunca sufrió ninguna merma a través del tiempo, dado que siempre se ha asegurado un rendimiento mínimo y constante.

Que si lo que el fallo buscaba era retrotraer las cosas al estado anterior, no resultaba viable entregar los rendimientos financieros, que por demás eran muy superiores a los que hubiese obtenido Colpensiones de haber administrado el capital, sumado a su incompatibilidad con el retorno indexado de ciertos valores, pues no se estaría dejando al actor en la misma situación que se encontraba antes de trasladarse de régimen, sino en una mejor situación, en la que incluso a Colpensiones le estarían entrando mayores dividendos. Por ello no resultaba apropiada las restituciones ordenadas a favor del Estado.

En cuanto al retorno del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos, manifiesta su inconformidad, argumentando que si el fallo era una suerte de sanción a la administradora por haber faltado al deber de información, NO era plausible achacarle esa responsabilidad frente a un dinero que NO administró, ni se lucró, ni se benefició. Sumado a que esos montos tenían una destinación específica para garantizar a los pensionados del RAIS una prestación del mínimo, y si el actor ya no era parte de ese régimen, pues tampoco debía beneficiarse, especialmente cuando el fallo buscaba privar de todos los efectos el negocio declarado ineficaz. De lo contrario, pervivirían. Desde este contexto considera que se debe afectar el fondo y sustraer los recursos inyectados para trasladarlo a Colpensiones.

2.2.2. APELACIÓN COLPENSIONES

Indica que NO participó del acto jurídico que se llevó a cabo entre el afiliado y el fondo, consecuentemente los efectos del mismo no podían afectar sus arcas, máxime si se tenía en cuenta los postulados del principio de sostenibilidad financiera de cara a la planeación de la reserva pensional. Recuerda que la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica respecto de un traslado que ha surtido efectos por más de 20 años, sin que entienda porque se le tenía que obligar a reingresar a este tipo de personas, transgrediendo las garantías de sus afiliados. Posteriormente se ocupa de diferenciar las palabras afiliación

(escogencia de régimen) y selección (relacionada con la entidad que administra). Que NO es justo que en un Estado Social de Derecho un tercero de buena fe, como lo era Colpensiones, se viera afectado con los actos de traslado de régimen teniendo que recibir personas que ya estaban a puertas de pensionarse. En dichos términos solicita que se revoque la sentencia y sea el fondo quien deba asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

De conformarse, solicita que se mantenga la orden en cuanto a los rubros a retornar, indexados, conforme la jurisprudencia que reseña en concordancia con el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

2.3. ALEGATOS

Se pronunció Colpensiones insistiendo que no era la llamada a reparar los daños irrogados con el traslado, pues se estaba comprometiendo tanto los derechos constitucionales de sus afiliados como su reserva pensional, transgrediéndose además el principio de sostenibilidad financiera, sujetándose en algunos razonamientos plasmados en la sentencia C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

Por su parte Porvenir S.A. solicita que se revoque el fallo. Replica lo expuesto en la contestación, rememora lo acontecido en el proceso y luego realiza algunas consideraciones en torno a los siguientes tópicos: ineficacia del traslado; derecho de retracto; derecho a la libre escogencia; acreditación del deber de información a su cargo; imposición de cargas probatorias inexistentes; deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso; diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos; línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional; buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas; e indexación de las condenas impuestas.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a la inconformidad planteada en el recurso de alzada, el problema jurídico se circunscribe a establecer cuáles son los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia frente a Colpensiones y qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A.

No obstante, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del

CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

Es por ello que inicialmente se determinará si es dable declarar la ineficacia de la afiliación 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.

Es de aclarar, que si bien PORVENIR S.A. propone multiplicidad de temas de análisis en los alegatos presentados, únicamente se examinarán aquellos que hayan sido mencionados en el recurso de alzada, siendo esta y no otra, la oportunidad propicia para ventilar su descontento con la decisión adoptada en primera instancia, sin que los alegatos comporte una etapa que le permita introducir nuevos temas a estudiar.

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó determinadamente por el engaño al que fueron sometidos por parte de los asesores de los Fondos de Pensiones demandados y que los llevó a tomar una decisión que iba contra sus intereses.

Posición que mudó posteriormente, para adscribirse a lo que ha denominado la ineficacia, cuando adujo que *solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de **determinar si hubo eficacia en el traslado.*** (Sentencia con radicado 46.292 de 2014).

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho;

y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

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

Punto en que la jurisprudencia del trabajo se ha explayado en razones para explicar cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un **consentimiento informado**, entendido como *un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.* (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019). Lo cual en ningún caso puede subsanarse con la firma en señal de aceptación en un formato previamente determinado por la AFP.

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

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

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	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia

QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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. Así lo reafirma la ya citada sentencia 68.838:

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber

de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 11 de octubre de 1995 cuando suscribió el formulario de vinculación con Porvenir S.A. (fl. 6 del archivo 11 del expediente digital), existía la normatividad ya citada que aludía a la existencia de un **deber de información**, y de otro lado, que escaso era el conocimiento que tenía el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado motivado por la posibilidad de acceder a una pensión anticipada, aunque desconocía la forma de disfrutar de dicho beneficio.

Y es que expresamente el señor Nelson Julio Benavides Jurado en el aludido interrogatorio expuso que es bachiller y trabaja como conductor. Respecto del traslado a Porvenir S.A. en el año 1995, rememoró que en esa época trabajaba en una empresa de cultivo de flores y allá fueron varias *señoritas asesoras* sólo de ese fondo, le dijeron las ventajas y optó por aceptar, decían que se podía pensionar anticipadamente, es decir, mucho antes que el fondo público, que le prometieron préstamos para vivienda y también le indicaron que el fondo público se iba a acabar, a quebrar, entonces en ese tema quedaría desamparado. No recuerda si le mencionaron que requisitos necesitaría para pensionarse, o lo atinente a la creación de una cuenta individual o rendimientos financieros. Que NO le explicaron cómo podía pensionarse antes. Sabe que en el público necesitaba como 60 años para aquel entonces y 1.000 o 1.100 semanas. Desconoce que es el régimen de transición. No le dijeron que existían pérdidas financieras, tampoco que podía retractarse de esa decisión. Que posteriormente sí fueron de otros fondos. Que sabía que se estaba trasladando de régimen, pero lo hizo pensando que le convenía. Que al trasladarse no le entregaron ningún formato. Aceptó que NO buscó asesoría externa en el otrora ISS, pensó que no lo necesitaba. Que la motivación principal del cambio fue el poder acceder a una pensión anticipada, sumado a lo del prestamos, esas dos cosas le llamaron la atención. Que ya después, sobre el año 2013, un abogado de la empresa lo hizo caer en cuenta del error. Que NO le hicieron una re-asesoría. Que hoy quiere retornar dado que quedaría mejor pensionado con Colpensiones.

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

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por el demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto

mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema, precisamente ello fue lo que sucedió en este caso; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

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

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

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo

a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **confirmará** la decisión adoptada por la a quo, pues su orden abarcó los conceptos expuestos.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

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

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

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

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, como si el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que un afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

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

BONO PENSIONAL

Para el caso objeto de estudio, se desconoce si tales recursos integran los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual del afiliado. Toda vez que si bien en el certificado para bono se anuncia que la fecha de redención normal estaba prevista para el 24 de septiembre de 2009, y tenía un valor de liquidación provisional, lo cierto es que la última de las historias laborales expedidas con posterioridad, aunque refiere la existencia de un saldo acumulado, conformado por el bono y el dinero producto de cotizaciones y rendimientos, sólo registra en la CAI estos últimos valores. No obstante, de reposar en la misma, al declararse la ineficacia del traslado del RPM a RAIS, igual que sucede con los restantes conceptos que conforme el RAI, deben trasladarse dichos recursos a Colpensiones, ya que según el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, *los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.*

Desde tal óptica, los trámites administrativos gestionados por la AFP ante la OBP, no supone la anulación del bono, ni la devolución de su valor a quien lo emitió para que nuevamente redima el mismo. Cosa diferente es que Colpensiones realice las diligencias que corresponda ante el

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.*

Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y, *si es del caso, devolverle a la O.B.P. el valor que corresponda*. Fue precisamente este el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia en la providencia AL607-2023, al inadmitir un recurso extraordinario de casación que precisamente instauró el mismo fondo aquí demandado y en donde se vinculó como litisconsorte necesario a LA NACIÓN -MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES. (Véase también la CSJ AL3713-2021, reiterado en CSJ AL2298-2022, CSJ AL2915-2022 y CSJ AL607-2023, entre otros).

En consideración a ello, aspecto que aquí se analiza en el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, se rectifica la postura que antes adoptaba la Sala en cuanto se disponía la anulación del bono y su retorno a la OBP debidamente indexado, y en su lugar se REVOCARÁ aquel inciso del numeral segundo del fallo, únicamente respecto del aquí demandante, para ajustar la orden al precedente vertical.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **revocándola** en el aspecto ante aludido.

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

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 19 de febrero de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Itagüí dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **NELSON JULIO BENAVIDES JURADO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 12.971.760 contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

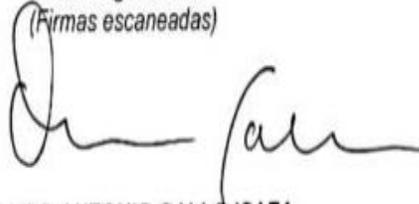
SEGUNDO: se **REVOCA** aquel apartado del numeral segundo de la sentencia que ordena la devolución del bono, y en su lugar se **ORDENA** a Colpensiones realice las diligencias que corresponda ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y, si es del caso, devolverle el valor que corresponda.

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

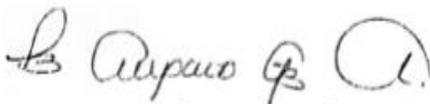
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados

(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Proceso: ordinario laboral- apelación sentencia
Demandante: **NELSON JULIO BENAVIDES JURADO**
Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05360-31-05-001-2022-00166-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA**
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