

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN- 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, le corresponde al fondo de Pensiones demostrar que proporcionó la asesoría suficiente para que el afiliado tome la decisión de cambiar el régimen de pensiones. /

HECHOS: Solicita el demandante que tras la declaratoria de INEFICACIA de la afiliación a las administradoras del RAIS se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Mediante sentencia proferida el 6 de marzo de 2024, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. A la sala le corresponde 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. 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.(...)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.(...)Así las cosas, del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época de la afiliación inicial al RAIS, concretamente el 30 de junio de 1995, cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN, 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 el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando la afiliación en su momento motivada por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las ventajas y desventajas que acarrearía la afiliación a dicho régimen pensional.(...)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.(...)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.(...) 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, 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.

MP: ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA: 03/08/2024

PROVIDENCIA: SENRENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, tres de agosto de dos mil veinticuatro

24-137

Proceso: **CONSULTA**
Demandante: **RUBIEL CORTÉS GONZÁLEZ**
Demandado: **COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A.-PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-017-2023-00281-01**
Tema: **Ineficacia traslado**
Decisión: **CONFIRMA, ADICIONA Y ACLARA**

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 conocer en el grado jurisdiccional de consulta 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 30** 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** de la afiliación a las administradoras del RAIS se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. Y en consecuencia se condene a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y el bono pensional si hay lugar a ello. Consecuencialmente se **ORDENE** a **COLPENSIONES** recibir las anteriores sumas.

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

- ✓ Que a la radicación de la demanda tenía más de 60 años de edad.
- ✓ Que cotizó al Régimen de Prima Media en el ISS un total de 399.14 semanas.
- ✓ Que en 1995 fue abordado por un asesor comercial de PROTECCIÓN, quien omitió explicarle las diferencias entre el RMP y el Régimen de Ahorro Individual, creándole la falsa ilusión que si se trasladaba podría llegar a pensionarse a una menor edad y con un monto pensional del ISS.
- ✓ Que en 1999 fue abordado por un representante de PORVENIR quien se limitó a diligenciar el formulario de afiliación sin advertirle que le era más conveniente trasladarse al régimen de prima media.
- ✓ Que conforme a lo anterior los trasladados efectuados a los fondos privados no obedecieron a una verdadera y libre manifestación de su voluntad.
- ✓ Que durante toda su vida laboral ha cotizado por encima de los 4 SMLMV, por lo que le resulta más benéfica la fórmula de liquidación de la pensión del RPM.
- ✓ Que el 31 de mayo de 2023 solicitó a COLPENSIONES la nulidad de la afiliación al RAIS y su afiliación sin solución de continuidad al RPM, obteniendo una respuesta negativa.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

En primer lugar, se pronunció COLPENSIONES que aclaró que el demandante nació el 21 de julio de 1961 por lo que cuenta con más de 62 años de edad, adujo que no es cierto el número de semanas que se refieren en la demanda ya que el actor solo cuenta con 9.71 en el RPM. Aceptó la reclamación ante la entidad y la respuesta negativa. Respecto a los demás hechos señaló que no le constan o se trata de apreciaciones de la parte actora.

Por su parte PORVENIR precisó que el actor se trasladó en 1999 a COLPATRIA hoy PORVENIR. Expresó que no es cierto su afiliación a dicha AFP haya sido producto de engaño o falta de información, pues la misma se dio de forma libre y voluntaria después de brindarle la asesoría adecuada. En cuanto a los demás hechos manifestó que no le constan o se trata de apreciaciones subjetivas de la parte actora.

Finalmente PROTECCIÓN aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la fecha en la que se afilió al RAIS a través de dicha AFP. De otro lado negó el incumplimiento del deber de información, afirmando que al momento de la afiliación al actor se le explicaron todas las características del RAIS y las diferencias con el RPM, así como las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, por lo que su afiliación fue libre. Frente a los restantes hechos manifestó que no le constan por lo que deberán ser probados.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de marzo de 2024, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los recursos de la cuenta de ahorro individual incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima. ORDENÓ a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES las cuotas de los seguros previsionales y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima.

ORDENÓ a COLPENSIONES recibir dichos dineros y reflejarlos como semanas en la historia laboral del demandante, así como activar su afiliación al RPM.

Finalmente CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A a pagar las costas del proceso a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000.

Dentro del término concedido por ninguno de las partes interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA DECIDIR

La decisión se motivó en el incumplimiento del deber de información por parte de 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. 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

Únicamente presentó alegatos PORVENIR reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda tendientes a que no se declare la ineficacia del traslado ya que quedó establecido que la AFP cumplió la obligación de brindar la información al demandante conforme lo exigía la normatividad vigente para la fecha del traslado, por lo que el actor conocía las condiciones y características propias del RAIS, tal como lo prueba el formulario de afiliación allegado. Así mismo indicó que debe darse aplicación a lo analizado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024 respecto a la carga de la prueba y a que no es procedente la devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Finalmente adujo que no hay lugar a la indexación de los gastos de administración ya que las sumas a devolver no han perdido valor adquisitivo y por el contrario los rendimientos han logrado incrementar el valor de la cuenta de ahorro individual.

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 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. 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:

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

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

A la luz de lo estipulado 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 el demandante, se desprende, de un lado, que para la época de la afiliación inicial al RAIS, concretamente el 30 de junio de 1995, cuando suscribió el formulario de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl 40 del archivo 13), 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 el actor respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando la afiliación en su momento motivada por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las ventajas y desventajas que acarrearía la afiliación a dicho régimen pensional.

Expresamente el señor RUBIEL CORTÉS GONZÁLEZ en el aludido interrogatorio señaló que es tecnólogo en electricidad industrial. Adujo que el traslado a PROTECCIÓN se dio por una campaña que hizo el fondo apoyada por el empleador EPM, momento en el que le dijeron que ese era el fondo más rentable, además le prometieron que podría pensionarse antes de tiempo con una pensión similar o mayor a la del ISS aunado a que posiblemente el ISS se iba a acabar. Indicó que no fue obligado a firmar al formulario, que sabía que iba para un fondo privado. Indicó que recuerda que antes de los 51 años le hicieron una reasesoría diciéndole que podría pensionarse antes o con mejor pensión, manifestó que en ese momento le dijeron que la diferencia de la mesada eran 90 mil pesos, pero que podía pensionarse antes, motivo por el cual decidió permanecer porque la diferencia era muy poca.

Manifestó que luego se cambió a COLPATRIA hoy PORVENIR, porque los fondos constantemente iban a la empresa a brindar asesorías y se pasó más por un tema de rentabilidad que era lo que ofrecían, indicó que no recuerda cuando se pasó a PORVENIR. Indicó que no regresó a COLPENSIONES cuando se dio cuenta que el ISS no se iba a acabar porque aún tenía tiempo para tomar una decisión. Dijo que los formularios los firmó de forma libre y voluntaria. Señaló que no conoce muy bien la diferencia entre regímenes pensionales, que sabe que su cuenta genera rendimientos. Manifestó que permaneció todos estos años en el RAIS porque le ofrecieron una pensión superior, por lo ahora desea trasladarse, ya que al consultar el valor de su pensión se dio cuenta que no correspondía a lo ofrecido inicialmente. Indicó que sabe que para pensionarse en Colpensiones debe cumplir con el bono pensional y la edad. Expresó que antes de cumplir 52 años de edad no se acercó a Colpensiones a buscar asesoría.

Destáquese en este punto que el 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 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

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

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del señor RUBIEL CORTÉS GONZÁLEZ quien en 1995 se vinculó a PROTECCIÓN, en 1999 se trasladó a COLPATRIA en 2000 pasó a PORVENIR por fusión entre ambas sociedades y en 2007 regresó a PROTECCIÓN, fondo donde actualmente permanece (fl 40 archivo 13). Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de la afiliación inicial o del traslado de régimen o , y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o

asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

En el mismo sentido, tampoco afecta la **RE-ASESORÍA** de la que fue objeto el demandante el 2 de abril de 2013 (folio 65 archivo 13) pues la información suministrada por el fondo en tal momento, *ad portas* del cumplimiento de sus 52 años de edad, en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado, ni mucho menos es dable señalar que la persona contaba con la suficiente ilustración para tomar una decisión sobre su futuro pensional.

Incluso, en gracia de discusión, aunque PROTECCIÓN hubiese desmotivado oportunamente al accionante al avizorar la posible inconveniencia de permanecer en dicho fondo, a igual conclusión llegaría la Sala pues ya la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello NO tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las razones referenciadas en la sentencia de radicación 68.838 de 2019, entre ellas:

“(…) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

Aunado a ello, si la AFP incumplió su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una re-asesoría a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

Fue precisamente este el raciocinio de la Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación SL4705-2021, cuando recalcó que:

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Corte que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, **el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas** lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se

hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Luego entonces, para la Sala es claro que, en el presente asunto ni de la afiliación inicial, como tampoco de los traslados posteriores entre los diferentes fondos privados se evidencia que se hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho o como se dijo en la sentencia CSJ SL 6 oct.2021, rad.83576 « no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador».

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que **el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial** y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado. (Resaltos de la Sala)

Así pues, esta Sala acoge los razonamientos de la juez y se acopla al claro criterio sentado por nuestro órgano de cierre.

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

Sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia en cuanto si bien la juez extendió la orden de devolver los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima a **PROTECCIÓN S.A.** por el tiempo que permaneció afiliado el actor en dicho fondo, omitió incluir los costos de administración, concepto que también hace parte de los ítems a devolver conforme al art. 20 de la Ley 100 de 1993

Así mismo se **ACLARARÁ** en el sentido de que la orden de devolver las cuotas de las cuotas de administración dada a **PORVENIR S.A.** incluye el tiempo en que permaneció el actor en COLPATRIA, fondo que fueron fusionado con la referida AFP, pues de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre.

Y es que cuando se presenta MOVILIDAD, es decir, la persona se traslada entre distintas administradoras del RAIS, se considera necesario señalar que tal obligación respecto de los valores a retornar NO debe recaer exclusivamente en cabeza de la última entidad afiliadora en que estuvo, como en este caso lo es PORVENIR, ni mucho menos se circunscribe al tiempo en que la persona estuvo en ese último fondo, de ahí que el retorno de los gastos de administración se extienda respecto de la época en que permaneció en PROTECCIÓN y en COLPATRIA fondo que fue fusionado con PORVENIR.

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.

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

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

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

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: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – 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 **ADICIONARÁ** 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, **ADICIONANDOLA** y **ACLARÁNDOLA** 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

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.*

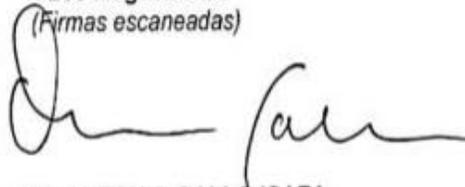
PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 6 de marzo de 2024 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **RUBIEL CORTÉS GONZÁLEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 4.337.272 contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONA y ACLARA el numeral segundo en el sentido de que **PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.** trasladarán a COLPENSIONES los tres ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) que recibieron durante el tiempo que la actora permaneció afiliado a cada una, incluyendo el tiempo que estuvo el actor en COLPATRIA, tiempo a cargo de PORVENIR, debidamente **INDEXADOS** por dichas administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores.

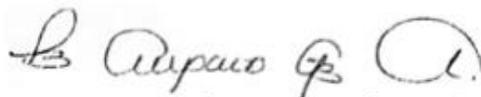
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

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

HACE SABER:

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

Proceso: **CONSULTA**
Demandante: **RUBIEL CORTÉS GONZÁLEZ**
Demandado: **COLPENSIONES- PROTECCIÓN S.A.-PORVENIR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-017-2023-00281-01**
Decisión: **CONFIRMA, ADICIONA Y ACLARA**
Fecha de la sentencia: **03/09/2024**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial 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 **04/09/2024** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario