



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, siete de octubre de dos mil veintidós

S21-175

Proceso: ORDINARIO LABORAL- consulta
Demandante: **LUIS GONZALO ZAPATA RESTREPO**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-003-2017-00015-02.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA**

LINK: [21-175 \(003-2017-00015\)](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL**, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a revisar el proceso de la referencia en el grado jurisdiccional de consulta.

Se reconoce personería al Dr. **ÁNDRES CÁRDENAS BOADA** identificado con cédula de ciudadanía 80.034. 399 y portador de la Tarjeta Profesional 301.116 del C.S. de la J., en los términos de la sustitución de poder otorgada por la Dra. **MARICEL LONDOÑO RICARDO** en calidad de representante legal de la firma **MUÑOZ Y ESCRUCERIA S.A.S.**, para que continúe representando los intereses de Colpensiones.

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 **NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida,

ordenándose a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados con los respectivos rendimientos financieros, reflejándolos en la historia laboral.

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

- ✓ Que nació el 14 de septiembre de 1960.
- ✓ Que siempre ha laborado al servicio de la Rama Judicial, cuya vinculación data del 7 de diciembre de 1993, realizando aportes a CAJANAL. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y al guardar silencio en su afiliación, se entiende afiliado al ISS.
- ✓ Que en 1997 se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (enlista la información suministrada y los aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que de haber permanecido en el régimen de prima media habría percibido una mesada superior a la ofrecida en el RAIS, existiendo una diferencia de aproximadamente \$4.000.000
- ✓ Que cuenta con más de 1100 semanas cotizadas.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PORVENIR S.A. aduciendo que Colpatría asesoró al demandante en debida forma al momento de la afiliación, suministrándole de manera oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz, información respecto de las características del RAIS que reseña, negando así que esta haya sido deficiente y que en todo caso los asesores de esa entidad eran instruidos adecuadamente para que el potencial afiliado tomara una decisión libre de cualquier coacción o engaño. Por su parte COLPENSIONES aceptó únicamente el hecho relativo a la edad del actor, posteriormente realizó algunas consideraciones en torno a la validez del traslado y la prevalencia de la autonomía de la voluntad.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de julio de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín **DECLARÓ** que la **AFP PORVENIR** faltó a su obligación de dar información veraz, clara y oportuna al actor al momento del traslado al RAIS, omisión que le causó un grave daño y menoscabo en su acceso real y efectivo al derecho a la seguridad social en pensiones. Así mismo **DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual

con solidaridad de la demandante, y que el actor seguía inmerso en el RPM pero a cargo de la AFP Porvenir, pero que Colpensiones fue un tercero absoluto en el traslado del régimen pensional del demandante.

Como consecuencia ordenó a la AFP PORVENIR reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez al demandante durante el mes siguiente a la solicitud por escrito que este hiciera, petición en la que el accionante también debería adjuntar certificado de retiro laboral, entidad que dentro del mes siguiente, debía solicitarle a COLPENSIONES la realización del cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional, permitiendo incluir el dinero que existiesen en la cuenta.

Indicó que COLPENSIONES en un plazo no mayor de un mes debía realizar el cálculo actuarial mencionado y presentárselo a PORVENIR, quien a su vez deberá pagarlo en el mes siguiente del recibo de dicho cálculo. Cuando Colpensiones reciba la suma de dinero correspondiente al cálculo actuarial pensional, deberá continuar pagando la pensión de vejez al demandante.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$3.551.200 a favor del actor.

Dentro del término concedido por la ley, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

Comenzó por recordar que existían principios jurídicos, que como parte del ordenamiento, fundaban el sistema normativo, destacando el de la eficacia de los derechos sociales fundamentales o ineficacia del acto jurídico que atentara contra este, explicando que era deber de cualquier autoridad, incluso judicial, proteger el acceso real y efectivo al mismo, entre ellos el derecho a la seguridad social en pensiones, por lo que de observarse que una persona había perdido la posibilidad real y efectiva de acceder a este derecho, esa autoridad debía garantizarlo, incluso de manera oficiosa, al ostentar el carácter de irrenunciable, inajenable e inherente al ser humano, claro está, si se acreditaba dicho perjuicio.

Posteriormente analiza las diferencias entre nulidad e ineficacia, de cara a las obligaciones de los fondos, los que NO tenían una obligación de resultado, pero si de buen consejo como sociedades fiduciarias, responsabilidad de carácter profesional, correspondiéndoles suministrar una información clara, veraz y oportuna.

Fue así como advirtió que conocido era el principio según el cual quien causara un daño con su acción u omisión debía repararlo, omisión que devenía del incumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994, que contemplaba obligaciones del gestor fiduciario, debiendo asumir Porvenir las consecuencias dañosas (dramática diferencia en la tasa de remplazo), no así Colpensiones que era un tercero ajeno a ese acto jurídico, destacando además que la actividad financiera de la AFP era altamente onerosa, tornándose improcedente simplemente ordenar el regreso automático a Colpensiones por esa falta al deber de información, pues realmente equivaldría a una vulneración a la sostenibilidad fiscal de las entidades públicas, un daño patrimonial al Estado, y un enriquecimiento sin causa de la AFP dado el conglomerado económico al cual pertenecía, viéndose beneficiada de su propia negligencia o descuido, precisamente por eso algunas se allanaban, de ahí que debía retornar un cálculo actuarial que cubriera una eventual pensión de vejez, dejando indemne el derecho al mínimo vital del afiliado, situación que se concordaba con lo normado en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, referente a que la selección de régimen quedaba sin efecto pudiendo afiliarse a prima media por violentar la libertad de escogencia.

2.2. CONSULTA

Dentro del término otorgado por la Ley 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 COLPENSIONES

Solicita que se revoque la sentencia. Comienza advirtiendo que los fondos estaban en una situación probatoria complicada respecto de los esclarecimientos de los hechos, donde el demandante estaba en mejor posición de ilustrar. En todo caso indica que la afiliación al RAIS fue libre, voluntaria, espontánea, sin coacción alguna, pues el actor firmó el formulario que para la fecha era el único documento exigible legalmente, razón por la que no se le podía imponer cargas procesales a la AFP que no estaba obligada a soportar.

Que era claro que dichos traslados estaban generando un detrimento al sistema general de pensiones, toda vez que los recursos trasladados a Colpensiones por parte de las AFP eran insuficientes para sostener una pensión, generando así pánico económico y atentando contra el principio de sostenibilidad financiera, en tanto se requería que por cada pensionado hubiese mínimo 7 aportantes, so pena de que el Estado tuviese que cubrir estas pensiones, situación relevante para la adquisición de recursos por medio de impuestos.

Advierte que el demandante se encontraba inmerso en la limitante legal que le impedía trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Añade que en ningún momento se le estaba violentando al actor el derecho fundamental al acceso de la seguridad en pensiones, razón por la por cual el principio de la responsabilidad debía ser compartido dado que el demandante no podía acogerse al posible engaño sufrido, sino por el contrario estaba en la obligación legal de acceder a la información respecto cual era el fondo más conveniente para percibir su pensión, máxime si el desconocimiento de la ley no servía de excusa para eximirse de responsabilidad, ni podía invocarse cuando el monto de la pensión era inferior o superior en cualquiera de los regímenes constitucionales existentes.

Adicionalmente recordó que el derecho a trasladarse NO era absoluto y debía atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, desconocidos cuando se declaraba la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD a RAIS, de acuerdo al razonamiento de la Corte Constitucional en sentencias como la T-489 de 2010, T-073 de 2019, C-1024 de 2014 y SU-062 de 2010, cuyos apartes cita.

Considera que NO se está vulnerando ningún derecho fundamental, en especial el mínimo vital, en concordancia por lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia T-184/09.

Que en caso de ser concedida la ineficacia, solicita que:

“(…) estos valores deben corresponder, haciendo la salvedad que los mismos serán insuficientes para el pago de la mesada pensional más allá de los 6 años.

1. Dinero total ahorrado en la cuenta individual de la demandante
2. Intereses y rendimientos desde en que la demandante está realizando los portes al AFP PORVENIR S.A. hasta que los mismos sean trasladados a Colpensiones
3. Lo correspondiente a las Cuotas de Administración
4. Lo correspondiente al porcentaje de Pensión de garantía Mínima
5. Los porcentajes de los seguros previsionales durante todo el tiempo que estuvo vinculada a la AFP PORVENIR S.A.
6. Gastos de Administración
7. Adicional a lo anterior los dineros deben ser indexados”

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

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

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|---|--|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, |
| ETAPA EN LA QUE SE | Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 | lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual |

| | | |
|--|---|---|
| ENCONTRABA EL DEMANDANTE | Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | 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.

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

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

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

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

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

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 23 de abril de

1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLPATRIA. hoy PORVENIR S.A. (fl 33 del archivo 02 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 en su momento motivado por la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición ante el temor que fundaba tal aseveración y el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente el señor LUIS GONZALO ZAPATA RESTREPO en el aludido interrogatorio expuso que es abogado y actualmente es fiscal delegado local para la Fiscalía General de la Nación. Respecto a su traslado al RAIS rememoró que para aquella época laboraba como técnico judicial en el municipio de San Pedro de Los Milagros, que allí una asesora de la AFP privada hizo una reunión grupal, recordando que en aquella oportunidad le indicaron que el ISS se iba acabar y que ello ponía en riesgo su pensión, pero que sí se pasaba al fondo privado tendría las mismas condiciones de pensión que en el RPM, esto es, la edad y con un mismo monto de pensión y mejor aun con la posibilidad de hacerlo antes de los 62 años; advirtió que no le hicieron cálculo pensional, ni le dieron información adicional, por lo que al transcurrir los años y al conocer un poco mas del sistema pensional se vino a enterar de que si existía unas diferencias entre un fondo y otro.

Destáquese que el deponente pese a ser abogado, 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 del asesor.

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; 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

inclinarse 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 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.

Bajo este contexto, de acuerdo a los razonamientos que preceden, NO es dable acoger la postura de Colpensiones en los alegatos presentados en esta instancia, pues aunque ciertamente el demandante sobrepasa los 52 años para efectos de solicitar su retorno a prima media, lo que aquí se examina es un asunto totalmente disímil, en donde ante la no acreditación del cumplimiento del deber de información, se declara ineficaz el traslado, y como nunca existió se acude a una especie de ficción legal entendiéndose que la persona permaneció en el régimen anterior sin solución de continuidad, en los términos del literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de ese mismo estatuto.

De otro lado, tampoco interesa a la Sala los parámetros advertidos por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-062 de 2010, según la cual, al igual que en la SU-130 de 2013, sólo un cúmulo de personas tenía la posibilidad de retornar a prima media en cualquier tiempo al ser beneficiarios del régimen de transición pero en virtud de la densidad. No obstante, aunque ello es cierto, nada tiene que ver ese razonamiento con el tema que hoy nos convoca, donde con apoyo a lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, el asegurado busca obtener la consecuencia jurídica que allí se dispone, cuando, como en este caso, no se acredita el cumplimiento del deber de información para el momento en que se trasladó al RAIS, tornándose ineficaz dicho acto.

Visto, así las cosas, acogiendo los postulados sentados por nuestro órgano de cierre, se **CONFIRMARÁ** la decisión en este punto, es decir, en cuanto a la declaratoria de ineficacia, NO así los efectos que de ello derivó el juez.

Y es que aquel considera que el afiliado verá truncado su derecho a disfrutar de una prestación en un monto superior, dado que habría una eventual reducción en la pensión por vejez que recibiría de permanecer en el RAIS, en contraste con aquella ofrecida por el régimen de prima media.

No obstante lo anterior, al margen de que por sí sólo eventualmente ello pudiese o no acarrear la indemnización de un perjuicio, lo cierto es que NO hay prueba que soporte la veracidad de tal aseveración, ni siquiera un cálculo a título ilustrativo, en contraste con lo que mal o bien certifica la AFP privada respecto al eventual monto que en un futuro percibiría en dicho fondo.

Aunado a lo anterior, habrá de señalarse que, en parte alguna, se acreditó que la administradora del RAIS hubiese brindado una errada información al actor al momento de afiliarse, siendo carga de quien aduce un perjuicio, demostrar no sólo su existencia, sino que el mismo está ligado a tal actuar, es decir, ese nexo de causalidad, pues aunque quisiese asimilarse el daño al menoscabo en la tasa de remplazo, ello no releva de la actividad probatoria que en tal sentido se debe desplegar, actividad que precisamente NO ejecutó porque NO era una pretensión.

Y es que la ineficacia aquí declarada, no deviene de tal hecho, es decir, del actuar negligente de la entidad, ni de que se hubiese configurado un error de hecho en la naturaleza del acto o en la identidad de la cosa como vicio en el consentimiento, tal ineficacia nace de la omisión de la AFP en cuanto a no cumplir la carga de la prueba que el precedente judicial ha radicado en cabeza suya, es decir, se cimenta en el hecho de que el fondo no demostró la calidad de la asesoría que en su momento brindó al afiliado.

Así las cosas, si se desconocen los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que alega el fallador, partiendo de la idea que se hubiese demostrado un daño, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que el demandante decidió trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por el accionante en el interrogatorio de parte absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho.

Aunado a ello, aunque tal tesis no fuera de recibo, a igual conclusión llegaría esta Magistratura.

Y es que realmente se torna innecesario entrar en disquisiciones puntuales en torno a la acreditación o no de un eventual perjuicio respecto del futuro pensional de un afiliado, toda vez que aunque pudiesen resultar interesantes los planteamientos del a quo, lo cierto es que son otras las consecuencias que nuestro órgano de cierre ha derivado en este tipo de asuntos, el que propende por la declaratoria de ineficacia junto con el retorno de ciertos haberes como más adelante se pasará a explicar, de ahí que siguiendo este precedente consecuencialmente se entienda que la persona permanece en el régimen primigenio, siendo Colpensiones y no otra entidad la encargada de asumir el reconocimiento integral de la futura prestación por vejez en caso de acreditarse el cumplimiento de los requisitos que contempla la ley, sin que pueda en este caso mantenerse la condena a la prestación, aún en cabeza de la administradora del régimen de prima media, toda vez que en parte alguna se solicitó su reconocimiento en el líbello genitor, tampoco fue un hecho discutido, de ahí que, tras la emisión de esta sentencia, le corresponda a la parte elevar la correspondiente reclamación administrativa para efectos de analizarse su procedencia.

Y es que la aludida ineficacia realmente implica es que la administradora del RAIS accionada, traslade a COLPENSIONES **todos** los valores que hubieren 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, 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, punto en el que se ADICIONARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Porvenir devolver cualquier valor que hubiese ingresado a la cuenta de ahorro individual del demandante, contexto bajo el cual dicha orden sólo incluiría el retorno de cotizaciones y rendimientos, más NO la totalidad de los ítems dado que también se extiende a los componentes de los gastos de administración, dinero que también comprenderá el tiempo en que el actor estuvo en COLPATRIA hoy PORVENIR y que además debe ser debidamente indexado, 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.

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.

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, en caso de que 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 el 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.

Y en cuanto a la INDEXACIÓN, 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, PORVENIR S.A deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

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.*

En tal sentido, deberá REVOCARSE la orden del fallador en cuanto a la declaratoria de causación de un daño por parte de Porvenir S.A., consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial a título de indemnización por perjuicios y la prestación por vejez, pensión que ordenó a dicho fondo reconocer en los términos regulados para el régimen de prima media, pese a que, se insiste, no comportó una pretensión, ni se efectuó algún debate en cuanto al cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prestación de cara a lo previsto en la Ley 797 de 1993. Ello al margen que esta jurisdicción carecería de competencia para pronunciarse dado la calidad de servidor público del actor quien labora al servicio de la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas la decisión adoptada será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, pero adicionándola y revocándola en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia dado que el conocimiento de esta Sala lo es en el grado jurisdiccional de consulta.

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 27 de julio de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **LUIS GONZALO ZAPATA RESTREPO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 71.592.093 contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **REVOCA** la declaratoria de causación de un daño por parte de Porvenir S.A. y consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial/título pensional a título de indemnización por perjuicios y eventual otorgamiento de la pensión de vejez en los términos estipulados para el régimen de prima media.

TERCERO: se **ADICIONA** el fallo bajo el entendido que la administradora del RAIS accionada trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante desde el cambio de régimen**, incluyendo el lapso en que permaneció en Colpatria, además de los tres ítems que componen los gastos de administración de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, es decir, los costos de administración, primas de


seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, montos que serán debidamente INDEXADOS por la administradora del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además discriminará los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


CUARTO: Sin costas en esta instancia.

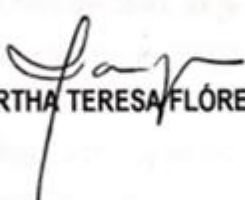
Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

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- consulta |
| Demandante: | LUIS GONZALO ZAPATA RESTREPO |
| Demandado: | COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. |
| Radicado No.: | 05001-31-05-003-2017-00015-02. |
| Tema: | ineficacia traslado |
| Decisión: | MODIFICA |
| Fecha de la sentencia: | 07/10/2022 |

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/100> 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 10/10/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario