



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiuno de octubre de dos mil veintidós

22-010

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **CARLOS EUGENIO ZAPATA ISAZA**
Demandado: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-012-2018-00597-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

Link: [22-010 \(12-2018-00597\)](#) 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 31** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita el demandante que tras la declaratoria de **INEFICACIA** o nulidad del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a PORVENIR S.A transferir a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y bono pensional, si a él hubiere lugar.

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

- ✓ Que nació el 23 de septiembre de 1959.
- ✓ Que estuvo vinculado al ISS desde el 30 de septiembre de 1982 hasta el 30 de mayo de 1996, acumulando un total de 705 semanas.
- ✓ Que el 1° de junio de 1996 se trasladó a Porvenir S.A, entidad en la que actualmente permanece y en la cual ha cotizado más de 1130 semanas (enlista la información suministrada y los aspectos que nunca le explicó el asesor).
- ✓ Que no lo dieron re-asesoría con antelación al cumplimiento de los 52 años.
- ✓ Que de haber permanecido en el RPM obtendría una mesada pensional superior la ofrecida por el RAIS (\$9.572.003 versus \$4.230.300).
- ✓ Que el 17 de agosto de 2018 le solicitó A Colpensiones autorizar su retorno, obteniendo respuesta negativa.
- ✓ Que desde el 24 de julio de 1991 labora en COLCERAMICA S.A.S. y para el 3 de agosto de 2018 percibía una asignación mensual de \$18.750.409.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones aceptando los hechos relativos a la edad del actor, la época que estuvo vinculado al ISS, la reclamación administrativa elevada y el contenido de la certificación laboral allegada, respecto a los demás hechos adujo que no le constaban. Agregó que se encontraba imposibilitada para decretar la ineficacia del traslado y en todo caso el afiliado excedía el límite de edad para retornar. Por su parte, PORVENIR S.A. negó el incumplimiento del deber de información, aduciendo que al actor se le brindó una asesoría completa y detallada sobre las características y condiciones del RAIS, y sus diferencias con el RPM y que en todo caso, el demandante se afilió de manera libre y voluntaria a la entidad.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones con sus rendimientos financieros, el

porcentaje descontado por garantía de la pensión mínima, las cuotas de administración y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, dineros que debían ser reflejados en la historia laboral en su equivalente de semanas.

Finalmente condenó en costas a Porvenir S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DE LA JUEZ PARA CONDENAR

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

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR

Ataca la declaratoria de ineficacia. Considera que el juez no tuvo en cuenta el carácter de documento público que tenía el formulario de afiliación, el que además cumplía con los requisitos y exigencias legales, siendo aprobado por la Superintendencia Financiera, formato suscrito de manera libre y voluntaria por el demandante, quien a través del interrogatorio permitió que se comprobara obtuvo por parte Porvenir la información que le era exigida en esa época.

En caso de confirmarse la sentencia, solicitó que se excluyera la orden de retornar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, los gastos de administración y demás dineros descontados en su momento de los aportes realizados, toda vez que esto constituía un enriquecimiento ilícito por parte de Colpensiones, ya que dichos valores, en ninguno de los dos regímenes, hacían parte o se incluía para calcular la pensión. Que lo que se estaba ordenando era el retorno del dinero que fue obtenidos como justa contraprestación por la actividad realizada con los aportes del accionante, los cuales generaron unos rendimientos.

Trajo a colación concepto emitido en enero de 2020 por la Superintendencia Financiera, según el cual, en los eventos de ineficacia o nulidad de traslado, las únicas sumas a retornar eran los aportes y rendimientos generados de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que procediera la restitución de la prima de seguro previsional, toda vez que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco habría lugar a retorno las comisiones de administración.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

Adujo que no fueron valoradas de forma armónica todas las pruebas solicitadas en el plenario, de las cuales se inferían situaciones particulares del demandante que discrepaban de la ineficacia de la afiliación pretendida, fundamentalmente, que no fue excluido del RAIS, ni tampoco fue beneficiario del régimen de transición y tampoco tenía expectativa legítima de pensionarse en el RPM cuando decidió vincularse con la AFP Porvenir; agregó que no se tuvo en cuenta que el actor tenía formación académica y que su situación no podía asimilarse a la de una persona sin ninguna preparación que desconocía la importancia de leer documentos antes de firmarlos y asesorarse en debida forma previo a adquirir obligaciones, en otras palabras, si bien no tenía que conocer con dominio como funcionaba el RAIS, si estaba capacitado para indagar sobre su situación pensional, asesorarse acerca de la viabilidad de traslado de régimen y las consecuencias que traería ello a su futuro, afirmando así, que en este caso, se trataba de un afiliado que no se aquejaba por una falta de información, ni de la negación de su derecho pensional, sino de una expectativa económica que creía poder conseguir en Colpensiones, lo cual, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no era un criterio fundante para declararse la ineficacia.

Finalmente solicitó adicionar la sentencia en caso de confirmarse la misma, en el sentido que la AFP Porvenir trasladara a Colpensiones todos los dineros descontados para seguro de invalidez y muerte, retornando todos los dineros debidamente indexados bajo el entendido que esta no era una condena adicional sino de una actualización justa de los dineros que debió percibir Colpensiones.

2.2.3. ALEGATOSPPRESENTADOS POR COLPENSIONES

Pretende la revocatoria de la declaratoria de ineficacia, aduciendo que para la fecha en que el señor CARLOS EUGENIO ZAPATA ISAZA realizó su traslado entre administradoras, la norma vigente que regulaba la materia era el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, que reza: "... e)

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (3) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”

Que también debía tenerse en cuenta los razonamientos de la Corte Constitucional para la conservación del régimen en los casos de traslado del RAIS, plasmados en las sentencias C-789 del 2002, C-1024 del 2004, C-086 del 2016, C-1025 del 2005, además del Decreto 692 de 1994, el Decreto 3995 del 2008, y en las providencias SU-062 del 2010, SU-130 de 2013 y SL-373 de 2021.

Destacó apartes de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se indicó que:

“En el presente caso, la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento a los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. Art 48).”

Es así como insiste en que el traslado que realizó el actor a la AFP Porvenir S.A. desde junio de 1996, lo hizo conforme a la legislación que regulaba la materia, es decir, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, y que por lo tanto se hizo dentro de la legalidad.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

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

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

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

4. CONSIDERACIONES

A juicio de esta Magistratura, el corpus argumentativo que ha construido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para este asunto de la ineficacia de los traslados, se ha ido ampliando con el paso de los años. Es así como en la sentencia con radicado 31.989 de 2008, reiterada en las sentencias de radicación 31.314 del 09 de septiembre de 2008 y 33.083 del 22 de noviembre de 2011, la Corte abordó el estudio del asunto bajo el enfoque de la nulidad del acto, acontecida como consecuencia de un vicio en el consentimiento al suscribir los formularios de afiliación con los cuales se materializaba su traslado al RAIS, señalando que dicho consentimiento se afectó 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 ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA 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.

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 17 de mayo de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A (fl.20 y 103 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 CARLOS EUGENIO ZAPATA ISAZA en el aludido interrogatorio expuso que es ingeniero químico; respecto de su traslado a Porvenir, adujo que asistió a una

reunión grupal en el lugar que trabajaba, la cual duró alrededor de una hora en la cual le explicaran acerca de los nuevos fondos de pensiones y la importancia de que se vincularan a estos. Sobre lo comunicado en esa reunión, adujo que le informaron que su pensión en el fondo privado sería más alta que en el RPM, que en todo caso el ISS se acabaría, no recordó que le hubiesen hablado de otras ventajas ofrecidas por este nuevo fondo, reiterando que solo tenía presente la posibilidad de una mejor mesada. No recuerda algo acerca de la posibilidad de hacer aportes voluntarios, ni de heredabilidad o lo que sucedería con los aportes realizados al ISS. Acepta que se desentendió de su situación pensional y que sólo después de retornar al país en 2018, luego de haber laborado en el exterior, fue que se interesó por el tema, especialmente porque se estaba aproximando la edad de pensión. Que por ello se acercó a Porvenir con el fin de que le dieran una proyección pensional, la cual arrojó que iba a percibir como mesada pensional \$4.230.300; que luego, al asesorarse con una especialista en pensiones, se enteró que de haber permanecido en Colpensiones pudo haber obtenido una mesada pensional mucho más beneficiosa que la ofrecida en el RAIS.

Hasta aquí su intervención.

Destáquese que el deponente NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor. En tal sentido, su formación profesional como ingeniero químico, NO tiene la incidencia que predicen los recurrentes, máxime si la charla genérica recibida era sobre un tema ajeno a su dominio.

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 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 la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

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

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

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígame aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarrea a la administradora del RAIS accionada, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, punto en el que se ACLARARÁ la decisión adoptada por la a quo, quien pensó ordenar a Porvenir S.A. devolver el dinero de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, cuotas de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, omitió especificar que la restitución incluía lo descontado a título de seguros previsionales. De lo contrario Colpensiones no recibiría la totalidad del dinero que debe ser objeto de devolución.

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.

Conforme el análisis que precede, y pese a los argumentos que en este punto ventila Porvenir S.A. en el recurso de alzada, no es dable acoger su postura, ni aun teniendo en cuenta el concepto que cita de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que el mismo no resulta vinculante.

De otro lado, respecto a la INDEXACIÓN de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente acoger el disenso que en este punto plantea Colpensiones al apelar la decisión, ADICIONÁNDOSE el fallo toda vez que los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, serán entregados a Colpensiones debidamente indexados por parte de Porvenir. El índice inicial será el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y el índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

Ya la Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre estos efectos, cuando indica que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados, posición que se puede consultar en las providencias SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710 y SL3349-2021.

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, Porvenir S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

Finalmente, ha de indicarse que 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.

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, **aclarándola y adicionándola** en los aspectos antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR a favor del demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones dado que fueron acogidos en esta instancia algunos de los planteamientos esbozados en el recurso de alzada.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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.*

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

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **CARLOS EUGENIO ZAPATA ISAZA** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.129.442 contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.


SEGUNDO: Se **ACLARA** el numeral segundo del fallo bajo el entendido que PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES **todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante desde el cambio de régimen**, incluyendo los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, últimos tres ítems que entregará debidamente INDEXADOS, oportunidad en la que además la administradora del RAIS discriminará los conceptos pagados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, últimos aspectos en el que se **ADICIONA** el fallo, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.


TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor del demandante.


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- apelación.
Demandante:	CARLOS EUGENIO ZAPATA ISAZA
Demandado:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-012-2018-00597-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	21/10/2022

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 24/10/2022 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario