



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiséis de abril de dos mil veintiuno

S19-214

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- APELACIÓN
Demandante:	MONICA MARÍA ZAPATA GALVIS
Demandado:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-021-2017-00370-01.
Tema:	ineficacia
Decisión:	CONFIRMA y MODIFICA

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 Porvenir S.A. y Colpensiones dentro del proceso de la referencia.

Conforme el poder allegado, se reconoce personería tanto al apoderado principal Dr. FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, representante legal para procesos de la firma PALACIO CONSULTORES S.A.S., como al apoderado sustituto Dr. JUAN PABLO SANCHEZ CASTRO, identificados con la cédula de ciudadanía Nro. 71.379.806 y 1.128.391.508, y Tarjeta Profesional Nro. 198.214 y 199.062, para que continúen representando los intereses de Colpensiones, último que ya venía actuando en el proceso pero como sustituto del Dr. Santiago Upegui, respecto de quien se entiende revocado el poder.

Igualmente se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ identificado con cédula de ciudadanía Nro. 79.985.203 y tarjeta profesional Nro. 115.849 expedida por el C.S. de la J., en calidad de apoderado principal de PORVENIR S.A., entendiéndose revocado el poder inicialmente conferido a la Dra. Lina Marcela Castrillón Sánchez.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 expedido el 4 de junio de 2020, en consonancia con los acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura, sometió a consideración de los

restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 12** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante mediante este trámite, en síntesis, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, se condena a Protección S.A. a trasladar el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual.

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

- ✓ Que nació el 20 de enero de 1967.
- ✓ Que en 1989 comenzó a efectuar cotizaciones al extinto ISS.
- ✓ Que en el año 2001, cuando ya contaba con 321 semanas, se trasladó a Protección S.A. (enlista la información suministrada y algunos aspectos que no le explicó el asesor).
- ✓ Que en el RAIS recibiría una mesada inferior a la que percibiría de haber permanecido en el régimen de prima media.
- ✓ Que administrativamente Colpensiones le negó la posibilidad de regresar al régimen de prima media.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció COLPENSIONES a la que únicamente le constaba la fecha de nacimiento de la afiliada, así como la solicitud de retorno al régimen de prima media. Por su parte PORVENIR y PROTECCIÓN, en similares términos, negaron el incumplimiento del deber de información, traslado al RAIS que a su juicio se realizó en forma libre, voluntaria y sin presiones, aunado a que la demandante suscribió los formularios en señal de aceptación y los asesores se encontraban capacitados para ilustrarla correctamente, como en efecto sucedió, resultando extraño los cuestionamientos que elevaba 19 años después, sin existir siquiera prueba sumaria que convalidara los argumentos

injustificados de la parte actora. Aclaran que el traslado de régimen se realizó en el año 1997 a Colpatria hoy Porvenir y en el año 2002 a Protección. Posteriormente realizaron algunas consideraciones en torno a la asesoría pensional que brindaban como administradoras.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de junio de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que la demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros. Así mismo ordenó a Porvenir S.A. trasladar las cuotas de administración durante el lapso que la demandante estuvo afiliada a ambas administradoras, *siempre y cuando los rendimientos financieros no hubiesen cubierto dichas cuotas y los rendimientos producidos por esas sumas en el RPMPD*, de acuerdo a los cálculos que para ello hicieren COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Finalmente condenó en costas a Porvenir, fijando como agencias en derecho la suma de \$828.116.

Dentro del término concedido por la ley, Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA CONDENAR

Aunque se sujetó en las sub-reglas sentadas en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, adujo que las mismas resultaban insuficientes, debiéndose además acudir a lo normado en el art. 272 de la Ley 100 de 1993, dado que según la proyección realizada por la administradora del RAIS, de cara a los cálculos efectuados por el despacho, existía una diferencia porcentual en el monto de la mesada que percibiría de uno y uno régimen, lo que implicaría una disminución ostensible de los ingresos que menoscabaría los derechos de la trabajador.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron oposición a la sentencia tanto Porvenir S.A. como Colpensiones.

La primera consideró indispensable mencionar que para la fecha de traslado de la demandante, los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos que hoy lo precisaba la judicatura, que incluso la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante concepto del año 2015, analizó la evolución normativa respecto a ese deber de asesoría. Cita apartes del mismo.

Que si bien era conocedora del principio de la carga dinámica de la prueba en procesos como el que hoy nos convocaba, lo cierto es que se apartaba del precedente en este punto al considerar que dicha carga era un *absurdo* por cuanto era imposible imputarla frente a hechos que habían sucedido hace más de 10 años, y desde la fecha de traslado a hoy transcurrió el tiempo suficiente para impedirle como fondo la recolección del material probatorio que permitiese demostrar la calidad de la información que suministró a la accionante, pues aunque existía un deber de suministrar una información clara, detallada, suficiente y oportuna a un afiliado desde la creación de la Ley 10º de 1993, lo cierto es que dicha información NO se exigía dejarla por escrito, sólo que quedara una constancia que la afiliación había sido libre y voluntaria, lo que en efecto constaba en el correspondiente formulario de vinculación que reposaba en el expediente.

Respecto a la orden relacionada con el retorno de las cuotas de administración, solicita la revocatoria de esta orden impuesta dado que conforme con el art. 20 de la Ley 100 de 1993, era un descuento que se realizaba con apego a la norma en los porcentajes que enlista, siendo destinada parcialmente a un tercero encargado de cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia de haberse causado los mismos, tercero NO vinculado al proceso. Aunado a que en caso de traslado de estos dineros a Colpensiones, realmente NO habría una cobertura de los siniestros indicados respecto del tiempo que permaneció la afiliada en el RAIS.

Por su parte COLPENSIONES señaló que no estaba llamada a prosperar la ineficacia pretendida por las siguientes razones:

- ✓ Desde el mismo momento de la afiliación se hizo una proyección pensional a través de la cual se le informaba a la demandante que había una diferencia casi de \$535.000 y aun así decidió trasladarse y no podía ahora alegar una falta del deber de información por parte del fondo, y eso que existía un test de imprevisibilidad, pues no era dable certificar un monto

pensional 10 o 15 años antes de causarse, sin que nadie estuviese obligado a lo imposible, especialmente de cara a las modalidades para pensionarse existentes en el RAIS, siendo determinante lo que cada afiliado hiciese por su propia cuenta.

- ✓ Se estaba *haciendo una afectación* del art. 272 de la Ley 100 de 1993 toda vez que en su momento ninguno de los fondos atentó contra los afiliados, tampoco se podía probar un engaño, constreñimiento o coacción dado la nulidad en los temas de vicio del consentimiento. Y la ineficacia tampoco se podía sustentar partiendo de la base de una diferencia entre el IBL y la mesada pensional que pudiese reconocerse en uno u otro fondo.
- ✓ Que la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que son dos sistemas totalmente contrapuestos, cada uno con sus ventajas y desventajas, por lo que NO se podía decir que un fondo privado era malo en todo, pues estaba el tema de heredabilidad, pensiones voluntarias, ahorros, cosas que no se podía hacer en el régimen de prima media, además que en una devolución de saldos era mucho más favorable un fondo privado que prima media, de ahí, que insiste, no todo era malo.
- ✓ Que de mantenerse la decisión, NO era dable mantener la orden parcial en cuanto a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual haciendo una compensación de los rendimientos con las cuotas de administración, ya que dicha devolución tenía que ser total, ya que NO había un enriquecimiento ilícito por parte de Colpensiones, por el contrario NO podía quedar un dinero en el fondo privado y otro en el régimen de prima media, sólo era o una cuenta o una cotización, sin que fuera dable permitir que el dinero estuviese en uno y otro lado al mismo tiempo. Que además el dinero recibido realmente servirá para solventar una pensión cuyo monto sería inferior en el RAIS, por lo que no era dable compensar los rendimientos.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Tras realizar un recuento de lo acontecido en el proceso, indicó que debía revocarse en su integridad la sentencia proferida toda vez que la demandante no había acreditado un vicio en el consentimiento, ni ninguna de las causales previstas en el art. 1741 del CC, por lo que el acto de vinculación al RAIS fue eficaz, aunado a que el incumplimiento del art. 271 de la Ley 100 de 1993, bajo las intenciones que allí se mencionaban, únicamente implicaba la imposición de una multa por parte del Ministerio de Trabajo. Tampoco era dable acudir a lo previsto en el art. 899 Código del Comercio.

Recuerda además que la afiliación reposa en un documento público que se presumía auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, y contenía la declaración estipulada en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, por lo que no se le debía restar valor probatorio.

Agrega que de presentarse alguna irregularidad, la misma estaría saneada conforme lo normado en los artículos 1742 y 1743 ibídem, por la ratificación tácita de la demandante, debido al tiempo de permanencia en el régimen privado, debiéndose privilegiar su inequívoca voluntad.

Destaca que garantizó el derecho de retracto, que la vinculación realizada fue de forma libre y voluntaria, brindándose una información oportuna y completa, que cumplió con la carga de la prueba en la medida que aportó los documentos que tenía su poder como el formulario de afiliación, que jurídicamente no es viable imponerle cargas a las previstas en las leyes existentes al momento del traslado, que la afiliada contaba con diferentes canales de comunicación, que debía realizarse un análisis conjunto y crítico de todas las pruebas, que el contrato era ley para las partes y debía producir consecuencias respecto de quienes lo celebraban.

Posteriormente recalca que no se podía confundir la ineficacia de un acto jurídico (acto que no produce efectos) con la nulidad absoluta, como de manera general se hacía, realizando algunas consideraciones en torno los aspectos característicos de cada figura.

Que de considerarse que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no podía olvidarse que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, mencionaba cuáles eran los dineros que debían trasladarse cuando existía el cambio de régimen, esto es *“el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”*, lo que impedía que legalmente pudiera ordenarse la devolución de sumas diferentes a las referidas en la norma, máxime si ningún otro valor estaba destinado a financiar la prestación, so pena de configurarse un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A. como lo es COLPENSIONES; que ordenar el reintegro de los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Posteriormente aclara que:

Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada, es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo

estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas.

Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 1746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho éste más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el segundo inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante, se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

(...) Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Finalmente destaca un razonamiento plasmado en un salvamento de voto según el cual se tenían que tener en cuenta las particularidades de cada asunto porque *“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva”*.

2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES

Solicitó la revocatoria del fallo en los siguientes términos:

A la fecha, el traslado realizado el 01 de febrero de 1998 efectuado a HORIZONTE tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por la actora, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Respecto del traslado del Régimen de Transición al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estableció en el inciso 4º(...)

La prohibición de traslado para quienes les faltaren menos de diez años para pensionarse, introducida en la ley 100 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, también fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, con consideraciones que, si bien se referían a una norma posterior, reafirman la pertinencia de esas limitaciones a la movilidad entre regímenes. Como en el caso de la C-841 de 2003, la norma aquí demandada también superó el test de proporcionalidad y abundaron en ella motivaciones claramente consecuencialistas.

Este párrafo abunda en estas últimas:

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en: “obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social. Este principio en materia pensional se manifiesta en el logro de la sostenibilidad financiera autónoma del sistema integral de seguridad social en pensiones, en aras de garantizar ‘el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales’, en los términos previstos en el artículo 53 del Texto Superior”.

Existe inconformidad con la decisión que adopta el despacho de instancia, toda vez que si bien es cierto en un primer momento sustenta su decisión en las sentencias SL 1688 de 2019 – SL 3464 de 2019 de la CSJ sala laboral, donde se identifica que este tipo de procesos de deben tratar como INEFICACIA DE TRASLADO, y no como nulidad del traslado, pero advirtiendo que se toman como idénticas y conllevan las mismas consecuencias para eventos de temas de seguridad social.

A su vez, informa, que acepta parcialmente los postulados de las Sentencia con radicación 31989 de 2008 - 46292 de 2014 y SL 1452 DE 2019, por 4 puntos que fueron tratados dentro de la parte motiva de la providencia, pero sobre todo en el tema planteado en cuanto a la indebida información, tomando que las consideraciones de la CSJ, que respaldan los argumentos del demandante, pareciera dar a entender que la causa de la desmejora en el monto de la pensión se debió a esa ausencia de información o indebida asesoría.

Pero manifiesta que ello no resulta completamente cierto, por cuanto la pensión, o los eventuales beneficios derivados de la afiliación al régimen pensional dependen, en gran medida, de factores o hechos posteriores al traslado.

Hay discrepancia en cuanto al a quo, ya que infiere que la ineficacia del traslado esta llamada a prosperar pero por las razones consagradas en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 con base en parámetros objetivos, consistentes en la comparación de la situación pensional en uno u otro régimen, atendiendo al valor de las posibles mesadas, y no en parámetros subjetivos, referidos a la presunta actuación irresponsable, descuidada, negligente o incluso dolosa que se le imputa a los fondos privados.

Desconoce el a quo, que con la Sentencia C 086 de 2002, se declararon exequibles todos los cargos imputados a los articulo contentivos al RAIS por considerar que vulneraban los principios de solidaridad y equidad principalmente, con relación al RPMPD, no se acoge la postura del despacho al determinar que se está ocasionando menoscabos al mínimo

vital y a la dignidad humana por parte de los fondos privados por las prestaciones reconocidas o que se encuentren en construcción.

Informa la Corte en cuanto a la dualidad y coexistencia jurídica de ambos regímenes, así:

“Al efecto, se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El primero, es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas [6], independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales. El segundo, está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de las garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad [7].

(...)

Los dos regímenes que conforman el sistema general de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad presentan cada uno rasgos sobresalientes especiales que permiten diferenciarlos ente sí, entre otros los relativos a las edades de jubilación, en el número de semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión mínima y en los factores que determinan el monto de la pensión, y que fueron ya clara y ampliamente definidos por la Corte Constitucional.”

Es clara la corte al considerar que independiente del monto de las cotizaciones que cada afiliado a lo largo de vida laboral haya cotizado al sistema, corre por su cuenta las prerrogativas del régimen pensional escogido de forma voluntaria, quedando ya probado en el proceso con el interrogatorio de parte rendido, que existe ausencia de vicios del consentimiento, y se toma como confesión lo manifestado por el demandante, cuando informa que le fueron explicados situaciones del sistema que elegía, pero se debe hacer salvedad, que era imposible para los fondos privados por intermedio de un asesor hace 20 años o más informarle a un afiliado como iba a ser su pensión a portas del cumplimiento de requisitos, ya que como lo ha inferido la corte, esto va ligado a la fuerza laboral que se reflejará posteriormente en las cotizaciones al sistema, procurando por pensiones altas o bajas, independiente del régimen que se escoja.

Se itera entonces que la aplicación del artículo 272 de la Ley 100 de 1993 como se ha desarrollado por el despacho, no se compadece con la realidad, toda vez que se declara la ineficacia del traslado, siguiendo un fin económico en cuanto al monto de las mesadas pensionales que pudo haber recibido el afiliado en un régimen o el otro, y se enuncia de nuevo a la corte en la sentencia ya citada donde manifestó lo siguiente:

“Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión.

Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.”

Aparte de lo anterior, la Corte anotó que no puede existir trato discriminatorio al consagrarse la dualidad de regímenes pensionales pues es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro, siendo de vital relevancia para este tipo de procesos, en el entendido de manifestar que pertenecer al RAIS es una decisión equívoca para los intereses de los afiliados, y ese no debe ser el mensaje:

“No puede hablarse de trato discriminatorio cuando es el mismo afiliado quien voluntariamente se somete a un régimen o a otro; no se impone en consecuencia, un solo régimen.”

Así las cosas, se le solicita al HTSM en sala laboral que revoque la decisión en lo que ha sido desfavorable para la entidad, y confirme en lo favorable (COSTAS PROCESALES), atendiendo que la escogencia de régimen por parte del afiliado obedeció a una decisión libre y voluntaria, amparada y cobijada por la ley, y ratificada mediante jurisprudencia probable, en cuanto a la escogencia libre de cada uno de los afiliados a un régimen pensional determinado, atendiendo esto, que cada una de estas personas estará ligada a las prerrogativas, beneficios y consecuencias que su decisión le puedan acarrear en el futuro, pero no trasladando cargas probatorias a los fondos privados y siguiendo un fin netamente económico, ya que quedo probado que en la cuenta de ahorro individual del afiliado, la misma fue manejada con diligencia y rindió rendimientos financieros más altos que lo ahorrado en la propia cuenta, por lo tanto, no se puede hablar de un menoscabo de la dignidad humana o el mínimo vital del afiliado, cuando su cuenta es el reflejo de su esfuerzo.

De manera, que no puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad en el caso de las normas acusadas pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.

Por otro lado, en el caso hipotético que se reconozca la ineficacia el traslado, se debe ordenar al fondo privado, devolver toda la cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros de esta, además de las cuotas y gastos de administración con los seguros previsionales, por ser accesorios a la CAI, y deben correr la suerte de lo principal, siendo esto una posición avalada por la CSJ con la Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a la inconformidad planteada en los recursos de alzada, el problema jurídico se circunscribiría a determinar si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se establecerá qué haberes le corresponde retornar a las administradoras del RAIS accionadas.

No obstante lo anterior, conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, se examinará en grado jurisdiccional de consulta aquellos aspectos que pese a ser adversos Colpensiones, no fueron objeto del recurso de alzada, al ser el Estado garante dicha entidad conforme lo normado en el art. 69 del CPT y la SS, disposición en virtud de la cual se faculta a este órgano a adicionar, aclarar y/o modificar la providencia en los ítems que resulten necesarios.

Es de aclarar, que si bien PORVENIR S.A. propone multiplicidad de temas de análisis en los alegatos presentados, únicamente se examinarán aquellos que hayan sido mencionados en el recurso de alzada, siendo esta y no otra, la oportunidad propicia para ventilar su descontento con

la decisión adoptada en primera instancia, sin que los alegatos comporte una etapa que le permita introducir nuevos temas a estudiar.

4. CONSIDERACIONES

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

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

Desde un comienzo, la tesis de la ineficacia se ha apoyado en dos disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993: el literal b) del artículo 13, que señala el carácter libre y voluntario de la elección del respectivo régimen y las posibles sanciones para quien atente contra ese derecho; y el artículo 271, donde se establecen las respectivas sanciones para quienes coarten esa libre selección al afiliarse y se indica que la misma quedará sin efecto.

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa, ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que algunos fondos privados brindaban, 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 LA 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta a la actora 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.

Del recuento realizado, así como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende de un lado, que para la época de traslado al RAIS, concretamente 23 de diciembre de 1997 cuando suscribió el formulario de vinculación a Colpatria S.A. (fl. 79) 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 la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado básicamente por la injerencia o presión de su empleador y la extinción del ISS, panorama bajo el cual, más que promocionarse el RAIS como una alternativa, era prácticamente una imposición.

Y es que expresamente la señora Mónica María Zapata Galvis en el interrogatorio absuelto señaló que es administradora de negocios y actualmente es asesora inmobiliaria. Respecto a su traslado inicial de régimen rememora que fue como en el año 1996 a cuando trabajaba en el banco Colpatria, donde la presionaron mucho para que se afiliara al fondo que tenían por ser ejecutiva del banco, le indicaron que tenían que apoyar el grupo empresarial, adicional les decían que el seguro social se iba a acabar sin precisar si lo que finalizaría sería el régimen o la entidad, que la presión venía de los jefes, que el miedo era que *lo echaran a uno de la institución*, simplemente fueron a su oficina y le dijeron *este es el formulario y firme aquí*, no hubo asesoría, ni siquiera diligenció el documento, sí le dijeron que pasarían las semanas que ya tenía. Que para ese momento se encontraba sola en la oficina, así que nadie más presenció el momento. Que no conoció a algún compañero al que le terminaran el contrato por no trasladarse porque todos se pasaron. Que después si escuchó que al Seguro lo cogió otra empresa, no retornó porque todavía trabajaba en Colpatria. Si recuerda que le preguntaron quiénes eran sus beneficiarios y como no tenía hijos le dijeron que en caso que falleciera lo que tenía ahorrado lo recibirían sus padres. Que nunca le explicaron que los fondos privados consistían en un sistema de capitalización, tampoco que tenía la posibilidad de volver al ISS.

Frente a la MOVILIDAD entre administradoras del RAIS explica que para el año 2000 aún estaba en Colpatria y aun así se trasladó a Protección porque su esposo laboraba en Coltabaco y él estaba en Protección, que para ese momento ya no existía Colpatria como fondo, sino que lo había asumido otra compañía, Horizonte, que era diferente. Que fue su esposo que quien le dijo que se pasara a Protección porque era una empresa del Sindicato Antioqueño y era reconocida, por eso se pasó, y un amigo de una amiga que laboraba en dicho fondo le dijo que si quería le hacía la afiliación y aceptó pero sin mediar una explicación o asesoría, sólo firmó sin diligenciar y el formulario se encontraba en blanco, porque solamente se trataba de una solicitud de cambio de fondo, momento para el cual no le hablaron de la diferencia en la mesada que podía recibir de cada régimen, sí recuerda que el funcionario del fondo le dijo que se estaba pasando para un fondo más *sólido*. Que ha efectuado aportes voluntarios porque tenía un sueldo representativo y para efectos tributarios y disminución de retención en la fuente por recomendación de su esposo.

Niega el diligenciamiento del folio 146 para el momento en que lo suscribió, según el cual le convenía el régimen de prima media, dado la proyección del monto de la pensión.

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

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la demandante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir los formularios de vinculación al RAIS, aunque realmente niega la existencia de alguna asesoría, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración en ese traslado primigenio, 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 la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral.

Empero, lo antes expuesto no debe comportar un foco de distracción, pues era a las administradoras del RAIS y no a la parte actora, a las que les 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 la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

Así las cosas, aun partiendo de que el folio 146 fuese suscrito por la demandante cuando estaba plenamente diligenciado, aspecto que niega al absolver interrogatorio, a igual conclusión llegaría la Sala pues allí sólo se avizora una información somera sobre lo que implicaría permanecer en el RAIS, concretamente en cuanto al monto de la pensión, que ni siquiera logra ser absolutamente claro, pues únicamente se coloca una cifra superior en aproximadamente \$500.000 en la casilla denominada *valor de la pensión en el régimen anterior*, resultando absolutamente dudoso que la afiliada comprendiese que con régimen anterior se referían a prima media, tema complejo para cualquier persona, pues bien podía inferirse que se refería al fondo del que provenía como lo era *Colpatria*, para entonces Horizonte. En todo caso ello es sólo una inferencia, pero al margen de tal situación, realmente en dicho formulario nada se explica, aunque sea en forma general, sobre las características y/o funcionamiento del RAIS, mucho menos el régimen de prima media en aras de establecer que la afiliada tomó una decisión consciente de las implicaciones que ello tendría respecto de su futuro pensional de acuerdo a su interés particular. Sin embargo, de haber existido, ello no tendría la virtud de subsanar las falencias que se aprecian en el traslado inicial, momento que realmente es el que importa analizar.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora Zapata Galvis, quien estuvo en Colpatria desde febrero de 1998 (fl. 82), a partir del 29 de septiembre de 2000 en Horizonte (fl. 79, traslado automático cesión por fusión), y finalmente en Protección desde diciembre de esa misma anualidad (fl. 145) entidad en la que actualmente permanece, pues, de un lado, como antes se resaltó, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría, cuando existe, 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.

Para el caso particular, al margen de la discusión que suscita que la afiliada fuese o no ilustrada frente a la información plasmada en el formulario suscrito al momento de cambio de administradora del RAIS, lo cierto es que dicho cambio realmente se debió a la injerencia de su cónyuge que le aconsejó su vinculación a Protección S.A., por pertenecer, a voces de aquel, a un

grupo económico sólido, aspecto que recalcó el funcionario de la entidad que cooperó con la ejecución de tal acto jurídico.

Ahora, aunque dicho formulario fuese entendido como una RE-ASESORÍA, lo cierto es que en parte alguna puede asimilarse al cumplimiento del deber de información cuando se surtió el traslado primigenio, 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, se insiste, aunque PROTECCION hubiese desmotivado a la 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.

En todo caso, si la AFP incumplió 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 o una RE-ASESORÍA, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

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 de la demandante, dígase aportes obligatorios, rendimientos, entre otros, sino que además acarreará a las administradoras del RAIS accionadas, a trasladar 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, punto en el que se MODIFICARÁ la decisión adoptada por el fallador, quien ordenó a Protección devolver todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, y a Porvenir los gastos de administración supeditándolos a una condición aleatoria como lo era la equivalencia con los rendimientos financieros, desconociendo el claro precedente sentado por nuestro órgano de cierre al ordenar la devolución de los tres conceptos mencionados (gastos, seguros, fondo de garantía), sin miramientos a ningún cálculo o compensación con los rendimientos causados, y así se dirá en la parte resolutive del fallo, devolución que también debe abarcar el tiempo en que la afiliada permaneció en Colpatria, luego Horizonte, finalmente absorbida por fusión por Porvenir en diciembre de 2013, pues de lo contrario se estarían excluyendo de la devolución ordenada, los gastos de administración pagados durante los años que la demandante perteneció dichas administradoras del RAIS.

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 Protección, 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 incluso en Colpatria y Horizonte.

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 el 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 el actor, 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 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.

Conforme los razonamientos que preceden, y pese a los argumentos que en este punto ventila Porvenir S.A. en los alegatos presentados ante esta instancia, 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, efecto que se extiende respecto del salvamento de voto que cita para cimentar su descontento en este punto.

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

Se condenará en costas en esta instancia a Porvenir S.A. por no haber tenido éxito en el recurso, orden que NO se extenderá a Colpensiones toda vez que encontró eco en esta instancia algunas de las inconformidades planteadas al sustentar la apelación, especialmente en lo atinente a los montos que debía retornar el RAIS.

Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor de la accionante.

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 la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **MONICA MARÍA ZAPATA GALVIS**, identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 42.891.958 contra **PORVENIR S.A, PROTECCION S.A y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: se **MODIFICA** los numerales segundo y tercero del fallo en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a **COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con**

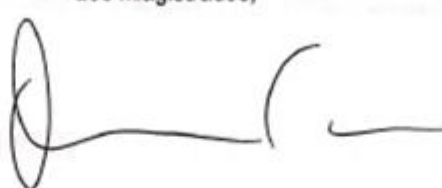
motivo de la afiliación de la demandante incluyendo los tres ítems que componen los cuotas de administración, orden que también se extenderá a PORVENIR S.A. respecto de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima que recibió durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a Colpatria y Horizonte, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


TERCERO: costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor de la demandante.

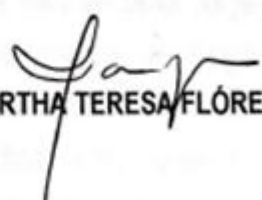
Lo anterior se notificará en **ESTADOS**, y se firma por quienes en ella intervinieron.

(Firmas escaneadas)

Los Magistrados,


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

CERTIFICO: Que la providencia anterior fue notificada por ESTADOS No. 070 fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8 a.m.

Medellín 27 de ABRIL DE 2021

Secretario

CONSULTABLE EN: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>