



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, siete de marzo de dos mil veintitrés

22-150

Proceso: CONSULTA.
Demandante: **LUÍS ENRIQUE RODRÍGUEZ PINEDA**
Demandado: **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: 05266-31-05-001-2021-00042-01.
Tema: ineficacia traslado
Decisión: **CONFIRMA Y ADICIONA**

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 conocer en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia

Conforme el memorial allegado con posterioridad al vencimiento del traslado para alegatos se reconoce personería para continuar representando los intereses de COLPENSIONES a CARMEN YOJANA RAMIREZ VILLEGAS identificado (a) con cédula de ciudadanía número 43.209.298 y portador (a) de la Tarjeta Profesional de abogado número 157.953 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado de la entidad FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, con la Tarjeta Profesional número 198.214 del C.S. de la J., en su calidad de representante legal para procesos de COLPENSIONES de la Firma PALACIO CONSULTORES S.A.S

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 007** 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 y/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 COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados junto con los rendimientos debidamente indexados. Consecuencialmente solicita que se ordene a Colpensiones recibir dichas sumas y reactivar la afiliación en el sistema.

De otro lado solicita que se condene a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la indemnización de perjuicios ocasionados al demandante representados en el reconocimiento del valor de la mesada pensional de vejez que le hubiere correspondido a partir del momento en que cumplió los requisitos para la pensión de vejez de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en su defecto el valor de la mesada que le hubiere correspondido bajo el Sistema General de Pensiones hasta el momento en que Colpensiones asuma el pago de la pensión de vejez; además del reconocimiento y pago de la totalidad de los rendimientos financieros que produjeron sus cotizaciones en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo y los descuentos que para la administración de su cuenta y del funcionamiento del Fondo pensional se le han hecho durante todo el tiempo de permanencia en el Fondo.

Así mismo solicita que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la Pensión por vejez a partir del cumplimiento de los requisitos legales para ello, bajo las prerrogativas del régimen de transición a que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y con base en los requisitos dispuestos en la Ley 33 de 1985 como normatividad pensional anterior aplicable o en subsidio de esta con base en el Sistema General de Pensiones introducido con la Ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, los intereses moratorios o en subsidio la indexación.

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

- ✓ Que nació el 27 de noviembre de 1956 contando en la actualidad con 64 años de edad.
- ✓ Que se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el ISS el día 4 de noviembre de 1994 y el 2 de marzo de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a la AFP COLFONDOS.
- ✓ Que al momento de afiliarse a la AFP el asesor del fondo le indicó que Colpensiones se iba a acabar y podría perder sus aportes y que en el fondo privado podría pensionarse de manera anticipada, pero no le explicó de que manera podría obtener dicho beneficio, así como tampoco se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación, ni se hizo no se énfasis en temas técnicos y determinantes en la construcción de la pensión en el régimen de Ahorro Individual, como que la mesada pensional depende del capital ahorrado en la cuenta individual, compuesto por aportes, rendimientos generados y bono pensional, ni de las diversas variables que pueden afectar los rendimientos y el valor de la mesada pensional.
- ✓ Que recientemente y con el ánimo de obtener una pensión anticipada, solicitó mediante consulta privada, una proyección de pensión, momento en el cual se enteró que su pensión en el RAIS sería

muy inferior a la que podría recibir en el régimen de prima media, pues en COLFONDOS podría pensionarse a los 75 años con una mesada de \$978.324, mientras que en COLPENSIONES a los 62 años su pensión sería de \$2.101.740, lo que evidencia que fue inducido en error al momento de trasladarse pues no se le brindó una asesoría completa de cómo sería su futuro pensional, lo que no le permitió tomar una decisión con conciencia.

- ✓ Que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el cual le fue negado.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvertieron las entidades demandadas el derecho pretendido.

Inicialmente se pronunció COLFONDOS manifestando que no es cierta la fecha de traslado que se aduce, pues la misma se hizo efectivo a partir del 1º de abril de 1999, así mismo indicó que no es cierto que el asesor le haya informado al demandante que el Régimen de Prima Media desaparecería, pues la asesoría de la AFP estuvo precedida de todo el profesionalismo e idoneidad, en la cual se le brindó toda la información necesaria sobre las características del RAIS, cuales eran los requisitos para acceder a la pensión de vejez, las diferentes modalidades, las ventajas y desventajas y las diferencias con el Régimen de Prima Media, por lo que no es cierto que la asesoría haya sido deficitaria o se haya incumplido el deber de información. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan por lo que deberán ser probados.

Por su parte COLPENSIONES señaló que únicamente le constaba la fecha de nacimiento del actor, que estuvo afiliada al ISS, el posterior traslado a Colfondos y la reclamación que hizo solicitando el traslado la cual se contestó de forma negativa porque se encontraba incurso en una prohibición legal por encontrarse a menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Respecto de los demás hechos adujo no constarle ya que eran ajenos a esa entidad y que debían someterse a debate probatorio.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 4 de mayo de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado 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 COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para tal efecto cotizaciones y los rendimientos, y a reintegrar de su propio peculio, lo descontado por cuotas o gastos de administración,

seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; dineros que deberán ser debidamente indexados. Y ordenó a Colpensiones recibir tales sumas de dinero.

De otro lado ordenó a COLPENSIONES reconocer y pagar al señor LUIS ENRIQUE RODRIGUEZ PINEDA la pensión de vejez a partir de fecha en que se acredite el retiro del servicio, teniéndole en cuenta hasta la última cotización reportada y calculando el IBL en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993, con el procedimiento que le sea más favorable y el monto que corresponda, en aplicación de la formula contemplada en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 13 mesadas pensionales a l año, conforme lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005. Autorizó a Colpensiones para que una vez retirado el demandante del servicio, descuento del retroactivo pensional a que hubiere lugar, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente condenó en costas a COLFONDOS S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor del demandante.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

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

En cuanto a la pensión de vejez consideró que era procedente su otorgamiento de acuerdo a lo previsto en la Ley 797 de 2003 dado que el accionante no sólo contaba con la edad mínima exigida, 62 años cumplidos el 27 de noviembre de 2018, sino además con una densidad suficiente, pues tenía más de 1.300 semanas cotizadas, pero sometió el disfrute al retiro o cesación definitiva de aportes, hecho del que no existía certeza, máxime si mediaba confesión del actor cuando en el interrogatorio de parte indicó que continuaba laborando.

2.2. CONSULTA

Toda vez que contra la sentencia de primera instancia no se interpuso ningún recurso, por lo que el proceso fue remitido para conocer el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, según lo dispone el artículo 69 del CPT y SS modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, ya que la sentencia le fue adversa a COLPENSIONES, con el fin de salvaguardar los intereses del Estado como garante de esta entidad, conforme a lo señalado por nuestro órgano de cierre en sentencias 51237 de 4 de diciembre 2013 y 40.200 de 2015, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas

2.3. ALEGATOS DE COLPENSIONES

Adujo que no es procedente la pretensión de traslado de régimen, ya que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a su pensión, según lo dispone el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni tampoco cumple los requisitos dispuestos en la sentencia SU-062 de 2010 que permite el traslado de quienes se pasaron al RAIS siendo beneficiarios del régimen de transición, pese a que les falte menos de 10 años.

De otro lado indicó que solo podría pedir la anulación del traslado efectuado en caso de encontrarse en una de estas hipótesis:

- “Su firma ha sido falsificada en el contrato de afiliación, situación en la cual debe instaurar la respectiva acción penal por la presunta falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 referente a los delitos contra la fe pública, en especial a la falsedad en documentos. Una vez la autoridad competente se pronuncie sobre el asunto, el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la Entidad y allegando copia del respectivo informe grafológico
- El empleador lo afilió sin su consentimiento: El formulario de afiliación no fue firmado por el afiliado.
- Traslado de Régimen por sentencia SU 062 de 2010: en el cumplimiento de las condiciones y requisitos señalados”.

Señaló que ninguna de esas causales se logró observar dentro de la demanda, en la cual solo arguyó la actora una información inadecuada y poco veraz. Agregó que la demandante plasmó su firma en el formulario y siendo una persona legalmente capaz, debe entenderse que ella aceptó cada una de las condiciones ofrecidas, en consecuencia, y que no resultaba dable años después mostrar inconformidad, más aún cuando tuvo la posibilidad de tener re-asesoría por parte del fondo privado que demuestra haber estado de acuerdo y satisfecho con lo que ese fondo privado le ofrecía.

Expuso conforme al Decreto 3800 de 2004 en los artículos 1° y 2° que las personas que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha. Que además esa entidad no puede argumentar motivos de equidad y desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión del afiliado, que como institución de

carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones en equidad.

De otro lado indicó que mientras no se verifique que el demandante completa los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez establecidos en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, no hay lugar al reconocimiento del derecho por parte de Colpensiones por cuanto se presentó un traslado de Régimen de la accionante del RPM al RAIS.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

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

Por ello inicialmente se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. Aunado a ello se determinará qué haberes le corresponde retornar a la administradora del RAIS accionada. Posteriormente se estudiará si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo ordenado por el despacho.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º 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.º, 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.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.

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 02 de marzo de 1999 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A (fl 73 del archivo 01 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 es que expresamente el señor LUÍS ENRIQUE RODRÍGUEZ PINEDA en el aludido interrogatorio expuso que es obrero que trabaja en Medio Ambiente en el Municipio de Envigado y actualmente se encuentra vinculado y cotizando, que lleva más de 20 años en COLFONDOS. Respecto de las condiciones de su traslado a Colfondos relató que para la fecha se encontraba laborando en una finca cuando un señor Harry amigo del administrador le dijo que el Seguro Social se iba a acabar por lo que iba a quedar desprotegido y que por tanto debía pasarse a Colfondos que era la mejor opción. Manifestó que firmó voluntariamente el formulario de afiliación después de escuchar lo que le dijeron porque le dio miedo quedarse sin pensión, en ese momento estaba el señor Harry y otra niña que eran de Colfondos, pero no le dieron más asesoría. Ninguna otra administradora fue a ofrecerle la afiliación solo Colfondos, antes de firmar el formulario no se asesoró de nadie más. Señaló que no le dijeron que en Colfondos el capital se podía heredar, ni que pasaría con las cotizaciones en el ISS, que solo fue una vez a Colfondos donde le dijeron que su pensión sería del mínimo, eso fue muchos años después. Al momento de firmar el formulario de afiliación no fue presionado por su empleador, que quiere trasladarse a Colpensiones porque quedaría mejor pensionado.

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 todo caso, 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 la accionante, pues se insiste, ni siquiera le explicaron las ventajas y desventajas de cada régimen.

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

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, 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, de la Ley 100 de 1993, punto en el que se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por el a quo.

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 la 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 la afiliada hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de Porvenir teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

También resulta necesario señalar que, conforme múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, consúltese las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, la administradora del RAIS accionada deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que se **ADICIONARÁ** el fallo.

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

PENSIÓN VEJEZ

Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que para el señor LUÍS ENRIQUE RODRÍGUEZ PINEDA es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 62 años en el caso de los hombres, además de 1.300 manas cotizadas al sistema, última exigencia que cumple en demasía, pues según se observa en la historia laboral expedida por COLFONDOS a folios 76/80 del archivo 01 para el mes de junio de 2020 había cotizado 1.326 semanas.

Conforme se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 85 del archivo 01 del expediente digital, aquel nació el 27 de noviembre de 1956, cumpliendo 62 años el mismo día y mes del año 2018, y aunque NO obra en el plenario el Registro Civil de Nacimiento, aquel dato sí es coincidente con el que aprecia en la restante documentación, incluso incorporada por Colpensiones, entre ellas la Historia Laboral (fl 22/26 archivo 02), entidad que por demás, mediante Concepto 4273229 de 2013² reconoció que la cédula era un documento idóneo para acreditar la edad al momento de reclamar este tipo de prestaciones económicas.

De otro lado, en cuanto al **DISFRUTE**, se ha considerado que éste se da cuando una vez reunidos los requisitos, el afiliado solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro o desafiliación del sistema, pues para la liquidación de la prestación se debe tener

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.*

² 4. Conclusiones

i) El registro civil fue estatuido por la Ley 92 de 1938 como único documento válido para acreditar el estado civil a partir de 15 de junio de 1938 y con anterioridad a ésta fecha, con la respectiva partida de bautismo.
ii) La cédula de ciudadanía es el único documento válido, confiable e idóneo de identificación de las personas mayores de edad, de conformidad con lo regulado por la Ley 39 de 1961 y el Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral.
iii) En materia pensional, salvo lo estipulado en la Ley 962 de 2005 (de forma potestativa) y el Decreto 1889 de 1994 (para las pensiones de sobrevivientes únicamente), no existe ninguna otra normatividad que faculte a las entidades públicas o privadas para exigir el registro civil de nacimiento para adelantar el trámite de solicitudes pensionales.
iv) Como quiera que con el registro civil de nacimiento se verifica, entre otros, la fecha de nacimiento y dicha data viene incluida en la cédula de ciudadanía, con el fin de reconocer las prestaciones económicas en las que se exija acreditar una edad determinada, éste documento será el idóneo para tal fin, pudiendo prescindirse válidamente del registro civil de nacimiento o de la partida de bautismo.
v) Deberá seguirse exigiendo registro civil o partida para el reconocimiento de aquéllas prestaciones en las que necesariamente deba demostrarse el parentesco, tales como (...)
vi) La cédula de ciudadanía es un documento expedido por autoridad pública competente que se reputa auténtica conforme lo estipulado en el Artículo 25 del Decreto 019 de 2012.

en cuenta hasta la última semana cotizada, ya que mal se haría en reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

En el caso de autos, conforme la historia laboral obrante a folios 76/80 del archivo 01, no existía certeza de la fecha de la última cotización efectuada al sistema, toda vez que si bien refleja una última cotización para el ciclo junio de 2020, ello lo es porque fue impresa en data cercana a tal fecha, aunado a que el actor en su interrogatorio confesó que aún seguía laborando.

Por consiguiente, en uso de las facultades oficiosas del artículo 83 del CPT y SS se ofició al municipio de Envigado con el fin que se certificara si el actor aún laboraba para dicho ente territorial y si este tenía la calidad de empleado público o de trabajador oficial, a efectos también, de determinar la competencia de la Sala para conocer respecto de la pretensión de la pensión de vejez, respuesta a oficio que fue incorporada en el archivo 09 del plenario donde se certificó que el señor RODRÍGUEZ PINEDA en la actualidad se desempeña como trabajador oficial, por lo que además de que es claro que somos competentes para conocer del asunto, no es posible el reconocimiento de la prestación hasta que se acredite el retiro del servicio de la entidad pública, como pasa a explicarse.

Particularmente, en cuanto a los servidores públicos, esta Sala ha manifestado acogimiento a la interpretación jurisprudencial, atada a las disposiciones legales que prohíben el hecho de percibir una doble asignación del erario público, máxime que esta posición es la que se ha mantenido hasta la actualidad, así por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de marzo de 2011, radicado 37959, con ponencia del Dr. Francisco Javier Ricaurte, determinó que en el caso de los servidores públicos que son pensionados por COLPENSIONES como administrador del régimen de prima media, para efectos de determinar desde cuándo se reconoce el retroactivo, se debe tener presente la Ley 344 de 1996, diseñada para la racionalización del gasto público, que en el artículo 19 indica:

“Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso...”

Disposición concebida como un instrumento para evitar la posibilidad de la simultánea percepción de asignación salarial y pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión. De esa manera, si se opta por continuar con la vinculación laboral, el fondo de pensiones respectivo no resultará afectado con el egreso de la mesada y contará con la posibilidad de destinar tales recursos a otras funciones del sistema, especialmente a la función solidarias; y si el servidor selecciona la opción pensional, se liberará un destino o cargo público que permitirá el acceso al mismo de otra persona que pueda y requiera ingresar o mantenerse en la vida laboral activa, todo lo cual se adecua al objetivo

racionalizador de la ley y a uno de los fines esenciales del Estado como es el de garantizar el acceso de la población al mercado laboral, con el disfrute de los servicios que esta prestación conlleva.

Esta norma fue sometida a control de constitucionalidad profiriéndose en consecuencia la sentencia C-584 de 1997 que la declaró exequible sin condicionamiento alguno. Se fundamentó esta declaratoria en que la obligación de renunciar al cargo público como requisito para gozar del derecho a la pensión de vejez es constitucionalmente admisible porque se trata de una medida idónea y proporcional que persigue una finalidad legítima, útil y necesaria con consecuencias positivas de mayor entidad que los resultados restrictivos que procura.

Dicha posición jurisprudencial ha sido pacífica en la Corte Suprema de Justicia y se ha mantenido hasta la actualidad en sentencias como la 44825 de 2014, 46807 de 2016 y recientemente en la 59175 del 16 de mayo de 2018.

Así las cosas, como en la actualidad el demandante continua vinculado al municipio de Envigado, se mantendrá la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, **DISFRUTE** que se sometió a la verificación por parte de Colpensiones del retiro de la entidad pública, de ahí que fuese acertado el raciocinio del fallador, por lo que se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia en este punto.

En consecuencia la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** con la ADICIÓN a que se hizo referencia.

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 **ADICIONÁNDOLA** en el aspecto antes aludidos.

Se condenará en costas en esta instancia a COLFONDOS S.A. a favor del demandante por no haber tenido éxito en la apelación. Se fijarán como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.

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 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **LUÍS ENRIQUE**

RODRÍGUEZ PINEDA identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 8.470.736 contra **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo del fallo bajo el entendido que al momento de cumplirse la orden impartida, COLFONDOS S.A deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del accionante.

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

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ 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:

Demandante:	LUÍS ENRIQUE RODRÍGUEZ PINEDA
Demandado:	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Radicado No.:	05266-31-05-001-2021-00042-01.
Decisión:	CONFIRMA Y ADICIONA
Fecha de la sentencia:	07/03/2023

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/148> 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 **08/03/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario