



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diecinueve de abril de dos mil veintidós

21-290

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **GLORIA MARIA SUAREZ MORALES**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-003-2018-00203-01.
Tema: ineficacia
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

Link: [21-290 \(003-2018-00203\)](#) expediente digital

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARIA NANCY GARCIA GARCIA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las todas partes contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 11** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicita la demandante, en síntesis, que tras la declaratoria de **NULIDAD** del traslado a la administradora del RAIS, se tenga como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenándose a Porvenir S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con los rendimientos financieros.

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

- ✓ Que nació el 29 de febrero de 1960.
- ✓ Que realizó aportes al ISS desde el 28 de julio de 1992 hasta agosto de 1998 cuando se vinculó con Horizonte S.A. (ahora Porvenir S.A), momento para el cual únicamente le explicaron las ventajas del RAIS, sin brindarle información adecuada y completa.
- ✓ Que para la fecha de la presentación de la demanda tenía 57 años.
- ✓ Que el 22 de diciembre de 2017, mediante derecho de petición, solicitó a Porvenir S.A. toda la información de su afiliación, copia de la historia laboral y proyección de su mesada pensional y que el 05 de enero de 2018 le brindó una respuesta vía correo electrónico.
- ✓ Que el 28 de diciembre de 2017 solicitó a Colpensiones copia del expediente administrativo, y al día siguiente, la declaratoria de nulidad del traslado a la AFP y reactivación de la afiliación al RPM, recibiendo respuesta el 4 de enero de 2018 en la cual se le allegó el historial laboral, pero no se pronunciaron frente a la solicitud de nulidad.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció PORVENIR S.A., negando el incumplimiento del deber de información, señalando que brindó una asesoría adecuada, objetiva, clara, comprensible, concreta, veraz y necesaria acerca de las características, funcionamiento y diferencias de cada régimen, reseñando algunos aspectos, en los que por demás eran instruidos los asesores, y que la demandante había firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con la entidad, además añadió que la accionante se había trasladado en dos ocasiones anteriores entre administradoras del RAIS. Por su parte COLPENSIONES adujo que únicamente le constaba la edad de la accionante, la respuesta a la solicitud elevada ante a esa entidad y la calidad de afiliada de la actora con el extinto ISS, respecto de los demás hechos indicó que no le constaban al tratarse de afirmaciones contra un tercero.

Finalmente se vinculó a COLFONDOS S.A., como Litis consorte necesario por pasiva y esta se pronunció en similares términos a su homólogo, indicando que a la demandante se le informaron las ventajas y desventajas del RPM y del RAIS, explicándole además que existía la posibilidad de obtener una pensión de vejez anticipada y que gozaba del derecho de retracto.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín declaró que PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.:

- Faltaron a su obligación de diligencia debida de buen consejo con la accionante cuando esta se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen al de Ahorro Individual al NO darle información veraz, clara y oportuna a la actora, ni verificar las condiciones particulares.
- Causaron grave perjuicio económico en la mesada pensional de la demandante.
- Eran responsables profesional y constitucionalmente del perjuicio económico.

En igual sentido, declaró la inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media al momento del traslado del RPM al RAIS y consecuencialmente que la actora seguía inmersa en el RPM, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

ABSOLVIÓ de todas las pretensiones a Colpensiones, sin perjuicio del cumplimiento de las órdenes que le impartiría.

En virtud de lo declarado, ordenó lo siguiente:

- A la AFP PORVENIR S.A. reconocer la PENSIÓN DE VEJEZ a la demandante dentro del mes siguiente a la fecha que esta lo solicitara por escrito, bajo los parámetros del régimen de prima media, petición con la que debía adjuntar certificado de retiro laboral.
- A Porvenir S.A. solicitar a Colpensiones, al mes siguiente de pagar la prestación a la accionante, la elaboración del cálculo actuarial pensional, con miras a la subrogación pensional.
- A Colpensiones que, dentro de los dos meses siguientes a dicha petición, elabore el cálculo aludido, presentándose a Porvenir, quien a su vez debía pagarlo en el mes siguiente, monto que podía financiar con el dinero de la cuenta de ahorro individual (cotizaciones, rendimientos, bono pensional u otros haberes). Preciso que mientras ello no sucediera continuaría reconociendo la pensión a la actora; efectuado el pago le correspondería a Colpensiones su otorgamiento.
- Autorizó a Porvenir para que, dentro del mes siguiente de haber pagado el cálculo actuarial, solicite el reembolso del 42% de ese dinero a Colfondos S.A.
- Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$3.634.000 a favor de la actora, entidad a la que autorizó, una vez efectuado el pago, a recobrar a Colfondos S.A. el 42% de ese valor, dentro del mes siguiente a la fecha en que real y efectivamente efectuara el pago a la demandante.

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

2. ARGUMENTOS

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR

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

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

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

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN

2.2.1. PORVENIR S.A.

Se opuso a la declaratoria de ineficacia, así como las consecuencias que de ello derivó el a quo.

Tras recordar la condena impuesta, mediante la cual el juez se apartaba del criterio jurisprudencial, señaló que el fallo estaba desconociendo la coexistencia de dos regímenes pensionales, los cuales tenían una forma diferente de financiar las prestaciones, de ahí en virtud de la ley y las entidades supervisoras, NO se podía dar una destinación diferente a esos recursos de la seguridad social sino conforme con las normas preexistentes, por lo que figuras como cálculos actuariales, permutación y conmutación pensional, fueran inoperantes en la resolución del presente litigio por no presentarse una regulación legal frente a este tipo de procesos, por ende la aplicación de tales conceptos fue errada por el Juez.

Recordó que cuando se hacía uso de las facultades ultra y extra petita, ello tenía como finalidad salvaguardar los derechos mínimos de los trabajadores establecidos en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, en los que encuadraba el derecho de la seguridad social en pensiones. No obstante, en el caso se planteaban varios problemas a resolver que, a criterio de Porvenir, no guardaban relación con el litigio y muchos menos fueron suficientemente justificados. Por un lado, se sustentaba todo bajo el principio de la responsabilidad pero desbordándose al ordenar el pago de un cálculo actuarial para financiar una pensión con determinadas prerrogativas, alegándose que había una transgresión al acceso real y efectivo de los derechos, lo que realmente no sucedía dado que a la parte actora NO se le había negado el acceso a la pensión en el RAIS; en tal sentido, ello probaba que el fallo se cimentaba en la protección de la sostenibilidad financiera, no así en el acceso al derecho real y efectivo de los derechos del demandante, situación verificable en las múltiples cargas judiciales impuestas por el fallador, impuestas a cargo de Porvenir condenándosele a pagar cálculo actuarial bajo los términos de RPM, insistiendo que ello, más que protección al trabajador, era una protección al sistema financiero, pero sin contar con un respaldo legal, sin ser objeto de controversia y sin contar con un supuesto fáctico o pretensión, y al no estar estrechamente ligada con el trabajador, no podía ser objeto de un fallo ultra o extra petita.

Por otro lado, adujo que el contrato que suscribió la demandante al momento de cambio de régimen pensional, era de adhesión, de tracto sucesivo y aleatorio, por lo que durante toda la vida el afiliado debía ajustarse a la forma cómo se financia su pensión bajo los rendimientos percibidos y sin consideración a otro sistema pensional, de ahí que la prestación era construida bajo el aleas que el sistema financiero otorgaba a través del RAIS, modulándose con las cotizaciones, tornándose impredecible tanto para el afiliado como para el fondo, lo que no podía comportar una causa para imputársele una responsabilidad a esa entidad bajo el ropaje de la vulneración al acceso real y efectivo a un derecho pensional, cuando ni siquiera intervino en el acto de traslado, transgresión inexistente pues ningún elemento daba cuenta de ello, ni siquiera una vulneración a la sostenibilidad financiera, en razón de que no se demostraron las condiciones socio-económicas de la parte actora y la incidencia

del monto de la pensión de cara a su mínimo vital, prestación que estaba en capacidad de asumir el régimen.

En dichos términos, solicita la revocatoria total de la condena a cargo de Porvenir S.A.

2.2.2. RECURSO DE APELACIÓN COLFONDOS S.A.

Pretende se revoque la sentencia recurrida y se ordene la declaratoria de ineficacia en los términos establecidos, absteniéndose de condenar en costas a Colfondos, toda vez que el objeto de dicha solicitud es que se imparta la línea jurisprudencial existente de la cual se apartó el a quo.

Considero importante resaltar que, dentro de la línea jurisprudencial del máximo órgano de cierre, conforme a las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia por la declaración del traslado efectuado del RPM al RAIS, trae como consecuencia única el afirmar que el afiliado permaneció al RPM sin solución de continuidad conservando los beneficios que antes lo cobijaban y que en consecuencia de lo anterior dicha declaración ordena que la administradora del RAIS, devuelva a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo a dicha afiliación, incluyendo frutos e intereses, rendimientos, cuotas de administración y en ocasiones seguros, pero nunca, dentro de lo establecido en la ley vigente, se ordena que una administradora del RAIS pague una pensión en los términos que lo haría Colpensiones, ya que ambos regímenes son excluyentes.

Conforme a lo anterior, señaló que con la decisión tomada por el a quo, se estaba desconociendo la diferencia de ambos regímenes, tornándose improcedente ordenar un cálculo de actuarial y que una AFP del RAIS, reconozca y pague una pensión con lo establecido para el RPM.

2.2.3. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Que si bien dentro del proceso el juez de instancia absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, no podía subrogarse en las obligaciones a las cuales fue condenada la AFP Porvenir, ni aun bajo el pago de un cálculo actuarial entendido como un efecto de la declaratoria de ineficacia.

De igual manera, adujo que resultaba contradictorio que una persona no pudiera retornar en cualquier tiempo, ya que, como lo sustentaron en los alegatos de conclusión, con la sentencia C-1024 de 2004 la Corte avaló la prohibición que una persona cuando le falten menos de 10 años retorne al RPM, pero

entonces si se haga in-aplicándose con sujeción al principio de responsabilidad y no bajo los efectos de la declaratoria de ineficacia como se viene haciendo.

Que la postura del a quo resultaba violatoria de los artículos 48 y 334 de la Carta Política, toda vez que afectaba la sostenibilidad financiera de la entidad y como el juez bien lo indicó en su motivación, es evidente el menoscabo y el detrimento respecto a Colpensiones y la afectación a los intereses particulares de los afiliados de dicha entidad.

Adujo que si se partiera desde el análisis realizado por el juez, tampoco resultaría procedente apartarse del precedente judicial, por ende no debería de declararse en el proceso que la accionante retorne el RPM, bajo la aplicación de los principios constitucionales que el juez realiza, ni siquiera se encontraba evidenciado alguna violación de estos, como se indicó en la sentencia, puesto que no se apreciaba en el proceso cuál era la afectación al mínimo vital y tampoco se indicó la diferencia pensional entre los regímenes, de ahí que no se estuviese vulnerando el derecho al acceso real a la seguridad social.

Alegó que se está desconociendo la sentencia SU-062 de 2010 y la SU-130 de 2013, en las que se analizó este tipo de problemáticas.

Agrega que Colpensiones es un tercero absoluto en la declaratoria de ineficacia, ya que no tuvo incidencia en el traslado de la parte actora, evidenciando que la misma lo hizo de una forma libre y voluntaria, aunado a que de acuerdo a la sentencia SL 413 de 2021, se evidenciaba que la demandante tenía toda la intención de permanecer en el RAIS, dado que hubo un traslado entre administradoras del RAIS, entendiéndose que la afiliación al mismo fue válida.

De otro lado, refiere que no se agotó la reclamación administrativa de cara a la pensión, obligando en el futuro a Colpensiones a reconocer una prestación que no fue solicitada y con ello se estaría violando el derecho de contradicción y defensa de dicha entidad, que se debe salvaguardar en concordancia con el principio de congruencia indicado en el Código General del Proceso en los art. 280 y ss.

Es así como pretende que sea modificada la sentencia, sin exceder las pretensiones de la demandante y no se impongan condenas u obligaciones en cabeza de Colpensiones.

Que en caso de declararse la ineficacia del traslado, solicita sea devuelto a Colpensiones la totalidad de los aportes que haya acumulado la demandante en su cuenta de ahorro individual en el fondo privado, de manera que se pueda garantizar el reintegro de las cotizaciones, las cuentas abonadas al

fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, los bonos pensionales, los seguros previsionales, las cuotas de administración y mermas en la cuenta de ahorro individual.

Que de acuerdo con la sentencia 2329 de 2021, en los procesos en los cuales una persona debe retornar al RPM, se deben devolver todos y cada uno de los valores indicados anteriormente.

Por último, solicita que en caso tal de que los valores mencionados sean inferiores a los que la demandante hubiera generado en caso tal de que nunca se hubiese trasladado al RPM, debe ser entonces la AFP, en la cual se encuentra la demandante afiliada, quien asuma la diferencia de los valores en proporción al periodo en el cual permaneció, precisamente haciendo alusión a la responsabilidad que tienen los fondos privados, por no haber brindado información oportuna a sus afiliados, siendo estos quienes con su propio patrimonio deban pagar esta prestación económica.

2.2.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Solicita que se revoque la absolución de Colpensiones. Aduce que dicha entidad, como administradora del RPM, debe ser quien reconozca y pague la prestación pensional, no así una administradora del RAIS con las reglas de un régimen que le es completamente ajeno, menos aún en atención a la subrogación ordenada, que por demás NO se ajusta al sentido de la jurisprudencia decantada y pacífica en el tema de la ineficacia de afiliación, línea jurisprudencial de la que se apartó el a quo en su decisión.

De igual manera, sostiene que esas condenas no resultan procedentes en tanto que la actora no se había retirado del sistema pensional y por ende podía acceder a su derecho con posterioridad, pese a estar causado por haber cumplido con los requisitos exigidos.

2.3. ALEGATOS

2.3.1. PARTE DEMANDANTE

Manifestó que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que en el proceso, las entidades demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así demostrado que la

administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas; que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe brindar a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Que mediante sentencia de mayo de 2019 SL 1689, de la Dra. Clara Cecilia Dueñas, dejó sentado que la “información necesaria” a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de: características, condiciones, acceso y servicios.

Por lo tanto, el acto jurídico de cambio de régimen pensional debe estar precedido de una ilustración del trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de traslado.

Es así como solicita que se acoja la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que aborda el tema que aquí se debate, en las providencias que reseña, de las cuales se puede colegir que:

- La ineficacia del traslado se genera como consecuencia de la falta de información en la que han incurrido los fondos al momento de la afiliación.
- La carga de prueba está en cabeza de la AFP.
- No se puede entender que se dio una información por la simple suscripción del formulario que cuenta con la impresión de que se afilió de manera libre, voluntaria y sin presiones.
- La nulidad del traslado de régimen pensional, opera tanto para las personas que tenían el régimen de transición como aquellas que no.

Que sobre este último punto fue clara la Corte en sentencia SL 14522-2019 al indicar que desde la creación de los Fondos de pensiones surgió la obligación de brindar información a sus clientes y a sus usuarios frente a lo que era el régimen su funcionamiento sus ventajas y sus desventajas, información que no puede ser sustituida por el diligenciamiento de un formulario de afiliación.

Para cerrar su intervención, hace alusión a la sentencia STL 3186-2020 Radicación 57200, por medio de la cual se revocó por vía de tutela una decisión de la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá

que desconoció el precedente en materia de ineficacia del traslado, en donde la Corte Suprema de Justicia fue enfática defendiendo la línea jurisprudencial sobre este asunto, que data de 2008, así:

“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”.

“Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área”.

Con base en lo argumentado anteriormente, solicita al tribunal conceder las pretensiones de la demanda, de conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente.

2.3.2. ALEGATOS COLPENSIONES.

Que NO comparte la decisión adoptada por el a quo, motivo por el cual solicita sea revocada la sentencia, pero absolviéndola de las pretensiones de forma integral, negando la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen por las razones que se indica a continuación:

Se subestima la información suministrada por las AFP y el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación, esto es para el año 1998, cuando se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL 1452-2019, estableció las reglas actuales en materia de ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría, debiendo evaluarse el cumplimiento de este deber con base en la vigencia de las normas. No se hace razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, desvirtuándose el principio de confianza legítima, violando el debido proceso inclusive para Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado, era quien debía afrontar la carga de la prestación económica de pensión que ni siquiera fue solicitada en el escrito de demanda.

Ahora, respecto a que se causó perjuicio económico a la parte demandante por parte de la AFP privada, se evidencia que para la fecha del traslado al RAIS la parte demandante no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima respecto de la pensión y, por lo tanto, no era posible determinar la certidumbre de las consecuencias de afiliarse al RAIS.

Que la carga de la prueba no está sólo en cabeza de las AFP, por lo que se está desconociendo e inaplicando el artículo 1601 del C.C. en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, por lo que debe tenerse en cuenta las condiciones particulares de la parte demandante, tal como lo ha resaltado la Corte en sentencia T-422-2011, a su vez debe tenerse en cuenta que el afiliado también tiene la obligación de asesorarse en los términos del artículo 4 del Decreto 2241 de 2010.

Que el silencio de la parte demandante en el transcurso del tiempo, debe entenderse como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, aspecto que no fue analizado en la sentencia de primera instancia, existiendo elementos notorios que exponían la intención de la parte demandante de permanecer en el RAIS, como fue el hecho de permanecer más de 20 años afiliada al mismo régimen pensional y haberse trasladado entre el mismo régimen entre las AFP PORVENIR SA, COLFONDOS SA. (sentencia SL-413-2018).

Que si se partiese del amplio análisis doctrinario, jurisprudencial y constitucional que hace el a quo, resultaría demostrado y probado que no era posible acceder a las pretensiones de la parte demandante por aplicación constitucional de la ineficacia, al resultar violentados principios como el de sostenibilidad financiera conforme lo desarrollado por el artículo 48 y 334 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con el artículo 2 y 4 de la misma Carta.

Que la Corte se ocupó del tratamiento dado por la jurisprudencia constitucional a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual y unificó su jurisprudencia en sentencia SU-130 de 2013 advirtiendo que, *“de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” y conservar los beneficios del régimen de transición”* y la demandante no cumple con los requisitos.

Por lo tanto, el derecho a trasladarse NO es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Por eso, como se indicó previamente, desconocer el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones (artículo 48 C.P. adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005) al declarar la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPD a RAIS, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia T-489 de 2010.

Ahora, se hace necesario advertir que la condena impuesta por el juez de primera instancia de reconocer y pagar pensión de vejez a la parte demandante, por tener acreditado la edad y semanas exceden el objeto del litigio, cuando dentro de los hechos y pretensiones de la demanda no fue solicitada, mucho menos agotada la reclamación administrativa sobre la condena impuesta ante ninguna de las entidades demandadas. Por lo tanto, en garantía de los derechos al debido proceso de defensa y de contradicción de Colpensiones y con la intención de mantener el equilibrio procesal entre las partes, debió el juez de instancia abstenerse de emitir juicio alguno respecto de lo allí decidido y limitarse a resolver el asunto planteado en la demanda y en su contestación.

Lo anterior, se encuentra ligado al principio de congruencia, que le impone al juez de conocimiento limitarse a resolver el problema jurídico que le fuera planteado por las partes con la demanda, contestación, excepciones y pruebas, evitando emitir fallos ultra y extra petita.

Reitera que Colpensiones es un tercero absoluto, figura que se constituye en mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica y debe prevalecer el principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Finalmente solicita que NO se imponga condena alguna en costas a cargo de Colpensiones, toda vez en el hipotético caso que se decidiera confirmar o modificar la sentencia recurrida en favor de la parte demandante y declarar la ineficacia del traslado, los perjuicios futuros de las condenas que aquí se impongan, corren por cuenta de la administradora del régimen de prima media y no resulta ser justo que deba asumir perjuicios económicos dentro de un pleito cuyos hechos derivan de la obligación y el deber de un tercero como lo es la AFP privada, donde no tuvo participación.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

De acuerdo a lo planteado en los recursos de alzada, el problema jurídico consiste en determinar cuáles son los efectos jurídicos que genera el incumplimiento del deber de información, analizando no sólo 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, examinando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia, sino además establecer la viabilidad de la indemnización de perjuicios, analizando si se acreditó el daño, la responsabilidad de la AFP y el nexo causal, y a su vez si ello cimenta la procedencia del pago de un cálculo actuarial en los términos ordenados por el fallador, determinando además qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. y si la primera de las

entidades aludidas está encargada de asumir transitoriamente el pago de una pensión por vejez pero en los términos regulados para el régimen de prima media.

No obstante, 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.

4. CONSIDERACIONES

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

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

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

Al desecharse la vía de la nulidad, ya NO es preciso acudir a lo normado en el art. 1750 del Código Civil, que contempla el plazo de cuatro años para interponer la acción de rescisión por nulidad relativa,

ni tampoco resultó posible que con la re-asesoría que los Fondos privados brindaban en muchas ocasiones, se pudiera convalidar ese traslado original.

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

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA LA 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 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.

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por la demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente 28 de agosto de 1998 cuando suscribió el formulario de vinculación a COLPATRIA. (fl 179 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 la actora respecto del funcionamiento de ambos regímenes, estando el traslado en su momento motivado por el ofrecimiento de algunos beneficios, pero sin explicarle realmente como podía acceder a ellos.

Y es que expresamente la señora GLORIA MARIA SUAREZ MORALES en el aludido interrogatorio manifestó que es Fiscal Seccional de la unidad de delitos sexuales en Bogotá. Respecto de su traslado al RAIS en cabeza de la AFP COLPATRIA, adujo que asistió a una reunión grupal donde habían 4 o 5 fiscales, que no eran conversaciones largas y que eran 2 o 3 asesoras las cuales les decían que firmarían el formulario para ellas conseguirles el bono pensional, aduciendo que tal bono daría muchos rendimientos y que se podría pensionar más joven y con una cuantía mejor que la que recibiría en el ISS. Que en ningún momento le hablaron de los requisitos que necesitaba para acceder a esos beneficios. Que tampoco le hablaron de devolución de saldos en caso de no poderse pensionar, además no le dijeron sobre que concepto se daría la rentabilidad. Que firmó el formulario de afiliación ya que le dijeron que el ISS se acabaría y que además podría pensionarse anticipadamente y con una mejor mesada.

Sobre la MOVILIDAD indicó que *había metido una plática* que era como un ahorro, que estaba sola con sus hijos y tenía una necesidad, entonces fue a retirar el dinero y le cobraron mucho por tal retiro, entonces considero que no era justo y por tal motivo realizó otro traslado.

Igualmente se escuchó la versión de los representantes legales de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., quienes centraron su exposición en lo atinente a los requisitos exigidos para contratar asesores o promotores en esas entidades, así como su capacitación, precisando que dieron cumplimiento a la ley, garantizando la libertad y voluntariedad de los afiliados al momento de seleccionar un fondo pensional.

Destáquese de lo expuesto, que la demandante NO aceptó tener una formación en seguridad social de la que pudiese predicarse una comprensión del tema, máxime cuando ni siquiera se acreditó la existencia de una explicación completa por parte del asesor.

En todo caso, en gracia de discusión, aunque lo indicado por la reclamante pudiese dejar entrever cierta información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, lo cierto es que no se vislumbra una suficiente ilustración, ni siquiera en asuntos tan relevantes como aportes voluntarios, pese a la trascendencia de este aspecto en la obtención de una pensión en un monto mayor en contraste con la que percibiría del régimen de prima media, máxime si este es uno de los atractivos con los que más se publicita este sistema; tampoco se le habló de modalidades de pensión, la posibilidad de acceder a una garantía de pensión mínima, los requisitos para causar la prestación por vejez en uno y otro régimen, las principales diferencias de cada uno, lo atinente a la redención del bono pensional y ello sólo por mencionar algunos aspectos que debieron ser abordados en esa reunión inicial. Pero nada de ello se dijo, o por lo menos no se acreditó.

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más favorable a una persona, pues realmente el monto de la pensión es uno de los aspectos que tiende a inclinar la balanza a la hora de la escogencia de un fondo, prestación en un principio depende de un capital mínimo exigido, punto que NO ERA clarificado en forma suficiente para efectos de que una persona entendiera que de NO alcanzar el ahorro necesario NO se pensionaría, o por lo menos que la prestación dependía del capital acumulado en toda la vida laboral, aunado a la incidencia de factores externos impredecibles a futuro (composición del grupo familiar, fluctuación de los IBC y variación del mercado, etc) haciéndole un estimativo de cuánto dinero se requería sólo para financiar un salario mínimo, panorama bajo el cual entendería la necesidad de planear su futuro pensional para acceder a una cuantía mayor, pero tal aspecto también se omitió, o por lo menos, se insiste, no se acreditó lo contrario.

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

Bajo este contexto, de acuerdo a los razonamientos que preceden, NO es dable acoger la postura de las entidades llamadas a juicio, pues aunque ciertamente la demandante sobrepasa los 47 años para efectos de solicitar su retorno a prima media, lo que aquí se examina es un asunto totalmente disímil, en donde ante la no acreditación del cumplimiento del deber de información, se declara ineficaz el traslado, y como nunca existió se acude a una especie de ficción legal entendiéndose que la persona permaneció en el régimen anterior sin solución de continuidad, en los términos del literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 de ese mismo estatuto.

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

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

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

No obstante, al margen de que por sí sólo eventualmente ello pudiese o no acarrear la indemnización de un perjuicio, lo cierto es que NO hay prueba que soporte la veracidad de tal aseveración, ni siquiera un cálculo a título ilustrativo, en contraste con lo que mal o bien, se identifica en los anexos de la demanda respecto al eventual monto que en un futuro percibiría en dicho fondo, ello sin miramientos a la precisión que pudiesen tener los cálculos realizados dado los errores en el establecimiento y/o cuantificación del IBL de cara a las cotizaciones efectuadas no sólo en el transcurso de la demanda, sino además con posterioridad a la sentencia que, de existir, afectarían cualquier cuantificación primigenia.

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

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

Así las cosas, si se desconocen los pormenores de la misma, no puede tildarse de indebida o irregular, por lo que el eventual perjuicio que alega el fallador, partiendo de la idea que se hubiese demostrado un daño, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que la demandante decidió trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por la

accionante en el interrogatorio de parte absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho.

En todo caso, aunque tal tesis no fuera de recibo, a igual conclusión llegaría esta Magistratura.

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

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso de la señora GLORIA MARIA SUAREZ MORALES, quien el 28 de agosto de 1998 se vinculó a Colpatria, luego se trasladó a Colfondos el 31 de agosto de 2000 y el 17 de agosto de 2001 se afilió con Horizonte S.A, conforme se aprecia en los respectivos formularios de solicitud de afiliación y en el reporte del SIAFP (fl. 179, 287, 180 y 181 del archivo 01 del expediente digital), última entidad que se fusionó con Porvenir S.A a la que actualmente permanece. Así:

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas							
Vinculaciones para : CC 37940147							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1998-08-28	2004/04/16	COLPATRIA	COLPENSIONES	✓	1998-10-01	2000-09-30
Traslado de AFP	2000-08-31	2004/04/16	COLFONDOS	COLPATRIA		2000-10-01	2001-09-30
Traslado de AFP	2001-08-17	2004/04/16	HORIZONTE	COLFONDOS	✗	2001-10-01	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	
4 registros encontrados, visualizando todos registros.							
1							
Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 37940147							
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción		AFP	AFP involucrada	
1998-08-28	1999-02-25	46	CORRECCION FECHA AFILIACION		COLPATRIA		
1998-08-28	1998-09-03	01	AFILIACION		COLPATRIA		
2000-08-31	2000-09-11	79	TRASLADO AUTOMATICO		COLFONDOS	COLPATRIA	
2001-08-17	2001-09-06	79	TRASLADO AUTOMATICO		HORIZONTE	COLFONDOS	
4 registros encontrados, visualizando todos registros.							
1							

Lo anterior por cuanto, de un lado, importa es examinar lo acontecido al momento de cambiar de régimen, y de otro lado, cuando hay movilidad entre fondos privados, la asesoría NO suele referirse a

las características del sistema de prima media, mucho menos a las implicaciones del cambio de sistema pensional, dado que son otras circunstancias las que se resaltan; no es lo mismo promover el cambio de una administradora a otra, a promover un cambio de régimen pensional, pues en el primer caso, por regla general, sólo se publicita la rentabilidad de uno u otro fondo, aunque NO fue ello lo que precisamente ocurrió en este evento, pues a voces de la demandante, dicho cambio lo generó el alto costo en el retiro de unos aportes voluntarios.

En todo caso, si las AFP incumplieron su deber de información y por consiguiente debe declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esa determinación implica privar de todo efecto práctico al traslado, por lo que mal haría esta Magistratura en siquiera pensar o asimilar una MOVILIDAD entre administradoras del RAIS, a una convalidación, por definirlo de alguna manera, de un acto jurídico que nunca existió.

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

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

El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala; motivo por el cual se recoge cualquier otro que le sea contrario y, frente a la cual se advierte que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, **al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación**, entre ellos los traslados que se efectúen a los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

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

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

Y es que la aludida ineficacia realmente implica es que la administradora del RAIS accionada, traslade a COLPENSIONES **todos** los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicación 31.989, providencia donde la Sala de Casación Laboral adujo que la administradora debía asumir con cargo a su propio patrimonio, los deterioros sufridos por el bien administrado, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido, concepto que abarca los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, de lo contrario Colpensiones no estaría recibiendo la totalidad del dinero que se debe retornar conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, punto en el que se MODIFICARÁ la decisión adoptada por el a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a Porvenir S.A. devolver cualquier valor que hubiese ingresado a la cuenta de ahorro individual de la demandante, contexto bajo el cual dicha orden sólo incluiría el retorno de cotizaciones y rendimientos, más NO la totalidad de los ítems, dado que también comprende los componentes de los gastos de administración, tal y como se dirá en la parte resolutive de esta providencia, extendiéndose tal orden a COLFONDOS S.A. por el lapso en que la demandante estuvo vinculada con esa entidad y a Porvenir S.A. por el tiempo en que la actora estuvo afiliada con las administradoras con las que se fusionó, Colpatria S.A. y/o Horizonte S.A., dineros que por demás serán debidamente indexados por cada entidad, teniendo en cuenta como índice inicial el IPC certificado por el DANE a la fecha de pago de cada aporte y como índice final el vigente a la fecha de devolución aquí ordenada, aplicando la siguiente fórmula: $\text{Indexación} = \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}} \times \text{capital} - \text{capital}$. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

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

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 pasarán al fondo común administrado por prima media.

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

Y en cuanto a la INDEXACIÓN aquí ordenada, 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, ambas administradoras del RAIS accionadas deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados.

En tal sentido, deberá REVOCARSE la orden del fallador en cuanto a la declaratoria de causación de un daño por parte de Porvenir y Colfondos, consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial/título pensional a título de indemnización por perjuicios y la prestación por vejez, pensión que ordenó reconocer a Porvenir en los términos regulados para el régimen de prima media, pese a que,

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.*

se insiste, no se efectuó algún debate en cuanto al cumplimiento de los requisitos para acceder a tal prestación de cara a lo previsto en la Ley 797 de 1993, precisamente porque ello no comportó una pretensión.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA PARCIALMENTE** en cuanto a la declaratoria de ineficacia, **modificándola y revocándola** en los aspectos antes aludidos.

Sin costas en esta instancia, dado que todas las recurrentes tuvieron éxito parcial en el recurso, dado que, entre otros, su disenso se enfocó en los efectos de la declaratoria de ineficacia.

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

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

DECIDE

PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora **GLORIA MARIA SUAREZ MORALES** identificada con la cédula de ciudadanía Nro. 37.940.147 contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

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

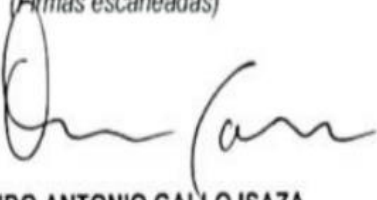
TERCERO: se **MODIFICA** el fallo bajo el entendido que PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo el lapso en que estuvo en Colpatria y Horizonte, devolución que abarcará los tres ítems que componen los gastos de administración, última orden que también se extiende a COLFONDOS 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 ese fondo; montos que serán debidamente INDEXADOS por ambas administradoras del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además deberán discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.


CUARTO: Sin costas en esta instancia

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


Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCIA GARCIA



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:

Proceso:	ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante:	GLORIA MARIA SUAREZ MORALES
Demandado:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-003-2018-00203-01.
Tema:	ineficacia traslado
Decisión:	MODIFICA SENTENCIA
Fecha de la sentencia:	19/04/2023

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 20/04/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario