



## **SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

### **AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Medellín, veintiséis de mayo de dos mil veintitrés.**

#### **22-193**

|                            |   |
|----------------------------|---|
| Proceso:                   | ORDINARIO LABORAL- apelación.               |
| Demandante:                | <b>JOSE RUBEN ZAPATA PEREZ.</b>             |
| Demandado:                 | <b>COLPENSIONES E.I.C.E Y PORVENIR S.A.</b> |
| Litis consorte por pasiva: | <b>PENSIONES DE ANTIOQUA.</b>               |
| Radicado No.:              | 05001-31-05-017-2020-00184-02.              |
| Tema:                      | ineficacia traslado                         |
| Decisión:                  | <b>MODIFICA.</b>                            |

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrados **MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A, contra la sentencia de primera instancia dentro del 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 016** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

#### **1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES**

##### **1.1. LO PRETENDIDO**

Solicita el demandante mediante este trámite, en síntesis, 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 ordenándose su traslado a E.I.C.E, sin solución de continuidad. Y se condene a PORVENIR S.A a trasladar todos y cada uno de los aportes efectuados al RAIS, con sus rendimientos sin ningún descuento. Consecuencialmente se condene a COLPENSIONES E.I.C.E a recibir dichas sumas, tenerlas como semanas válidamente cotizadas y reactivar la afiliación en el sistema.

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

- ✓ Que nació el 19 de marzo de 1959, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 64 años de edad.
- ✓ Que estuvo afiliado al ISS desde el 15 de agosto de 1986, hasta el 2 de septiembre de 1992, cotizando un total de 306.57 semanas.
- ✓ Que efectuó cotizaciones a la caja del departamento de Antioquia desde el 7 de septiembre de 1992, hasta el 26 de diciembre de 1993.
- ✓ Que el 28 de diciembre de 1998, suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A, con ocasión a la afirmación de que se podría pensionar a cualquier edad, con una mayor mesada pensional.
- ✓ Que el asesor de Porvenir S.A en ningún momento le suministró información acerca de las ventajas y desventajas del traslado, variables y forma de liquidación de la mesada pensional, riesgos del traslado, forma de distribución de aportes al RAIS, costos y comisiones en favor de la AFP, modalidades de pensión, ocasionando una inducción en error, por falta de una información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta.
- ✓ Que Porvenir S.A, realizó re asesoría pensional al demandante, en la cual le recomendaron permanecer en el fondo privado, sin explicar ventajas y desventajas de esta acción.
- ✓ Que el 14 de noviembre de 2018, solicitó a Colpensiones E.I.C.E el traslado de régimen pensión, obteniendo respuesta negativa.
- ✓ Que el valor de la mesada pensional en el RAIS, es inferior a la que obtendría en el RPM.

## **1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, se pronunció COLPENSIONES E.I.C.E aceptando la fecha de nacimiento del actor. Frente a los demás indicó no constarle al ser supuestos ajenos al conocimiento de la entidad.

De otro lado PORVENIR S.A, adujo no constarle los hechos plasmados en el libelo demandatorio, resaltando que el formulario de afiliación se suscribió de forma libre e informada, después de que se brindara una asesoría completa sobre las implicaciones, funcionamiento y condiciones pensionales del RAIS, y sin que se presenten omisiones informativas respecto de las ventajas y desventajas de dicho régimen pensional, cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a la entidad vinculada como Litis consorte necesario por pasiva, Pensiones de Antioquia, mediante auto fechado a 15 de junio de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín dio por no contestada la demanda.

#### **1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia proferida el 05 de agosto de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. Condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E, los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo capital, rendimientos, gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

En cuanto a COLPENSIONES E.I.C.E., le ordenó recibir los valores trasladados por la AFP demandada, reactivar la afiliación y actualizar la historia laboral para los fines pertinentes.

Respecto a PENSIONES DE ANTIOQUIA, le absolvió de todas las pretensiones.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, a favor del demandante.

Dentro del término concedido por la ley, PORVENIR S.A. interpuso y sustentó recurso de apelación.

### **2. ARGUMENTOS**

#### **2.1. DE LA 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 de la Corte Suprema de Justicia.

#### **2.2. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.**

En primer lugar, indicó que el consentimiento informado del demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, el cual no fue tachado de falso y el que manifiesta que el traslado del demandante se dio de forma libre, espontánea y sin presiones, después de haber sido asesorado de forma integral. Aunado a esto manifestó que la AFP siempre garantizó el derecho de retracto, lo que se probó con la publicación en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004, tal y como lo dispuso el artículo 3 del Decreto 1191 de 2004, sin que el demandante ejerciera dicha facultad, por lo que considera que su actuar fue negligente. En el mismo sentido indica que con la declaración de

la ineficacia de la afiliación, se desconoció el principio de la autonomía de la voluntad privada, definida en jurisprudencia constitucional por ejemplo en sentencia C 741 de 2006.

De otro lado indicó que no procede la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración, pues al tenor del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por esto están sujetos a los términos de la prescripción, aunado a que de declararse el traslado de dichos valores, estaría generando un enriquecimiento sin causa, pues el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, establece cuales son los dineros que deben trasladarse con ocasión al cambio de régimen pensional, esto es el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, esto en base a que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión y por tanto no pertenecen al afiliado sino al fondo privado como contraprestación de su gestión.

Con base en lo anterior solicita la revocatoria integral de la sentencia proferida por el a quo.

## **2.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **2.3.1 PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.**

Considera que el traslado de régimen pensional no es procedente, toda vez que no se probó un vicio en el consentimiento al momento del traslado, aunado a que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del literal E, del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de diez años para cumplir la edad de pensión

De otro lado, indicó que no es plausible imponer a la AFP accionada obligaciones que no estaban previstas para la data en que se exige su aplicación, y que de considerarse así, se estaría vulnerando los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, pues considera que las obligaciones vigentes y exigibles son las consagradas en el Decreto 663 de 1993.

### **2.3.2 PRESENTADOS POR LA PARTE DEMANDANTE.**

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante resaltó los principales postulados jurisprudenciales relacionados con el deber de información, la carga de la prueba, y valores a retornar, con el fin de concluir en la procedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, solicitando la confirmación de la sentencia proferida por el a quo.

## **3 DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA**

De acuerdo con lo planteado en el recurso de alzada, se establecerá si es dable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a Porvenir S.A.

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

#### 4 CONSIDERACIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

| <b>Etapas acumulativas</b>   | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>   | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>  |
|--|--|---|
| Deber de información<br><br><b>ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE</b> | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>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,  | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010  | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes  |

|  |   |  |
|--|---|--|
| asesoría y buen consejo  |   | 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<br>Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015<br>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 al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, el 28 de diciembre de 1998, cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 69 del archivo 12 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 alta rentabilidad que le ofrecía el fondo privado, la solidez financiera, la afirmación de que la demandante iba a obtener una pensión más favorable con el fondo privado, y 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 **JOSE RUBEN ZAPATA PEREZ** en el aludido interrogatorio expuso que su nivel de estudios era profesional en economía industrial, y que se encontraba laborando al servicio de la Contraloría de Antioquia para el momento de vinculación al RAIS. Respecto del traslado inicial a PORVENIR S.A., adujo que, en el año 1998 una representante de la AFP Porvenir S.A, mediante una reunión que duró 30 minutos, le habló sobre el cambio de régimen de pensional con base a una alta rentabilidad ofrecida por Provenir S.A, razón por la cual le era muy beneficioso el traslado, le dio a conocer las dificultades económicas del ISS, y al tiempo le indicaba la solidez económica y los beneficios del fondo privado. Resaltó que en ningún momento se realizó una asesoría, con los detalles del cambio de régimen, al igual que de las implicaciones que esto tendría a futuro, soslayó que solamente le hablaban de la alta rentabilidad como beneficio relacionado con el monto pensional, y de la solidez financiera de la AFP con capital privado, sin embargo, jamás le mencionaron temas fundamentales como lo son; el régimen de transición, ventajas y desventajas del traslado, requisitos para causar la prestación económica de vejez y derecho de retracto.

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

Tampoco existían las herramientas financieras o la tecnología para realizar algún tipo de cálculo, de ahí que esta Sala cuestione la dificultad para establecer, en aquella época, cuál régimen le era más



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

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

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

Compete ahora a la Sala abordar el asunto relacionado con el esclarecimiento de la entidad que le corresponde recibir al demandante. Ciertamente conforme se desprende del acervo probatorio, se tiene que el señor JOSÉ RUBÉN ZAPATA PÉREZ se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 15 de agosto de 1986 con el empleador COMERCIAL COLOMBIA, realizando aportes a dicho fondo hasta el 2 de septiembre de 1992 a través de diversos empleadores del sector privado, según se verifica en la historia laboral a folio 35 del archivo 02 del expediente digital; con posterioridad pasó a ser empleado público laborando para el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA entre el 07/09/1992 y el 26 de diciembre de 1993 y en la CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA entre el 27 de diciembre de 1993 y el 31 de enero de 1999, lapso durante el cual efectuó sus aportes a PENSIONES DE ANTIOQUIA, conforme se verifica a folios 40 a 47 del archivo antes referenciado y el 28 de diciembre de 1998 realizó su afiliación al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR (fl 53 ibídem).

No obstante, cualquier dubitativa que el hecho pudiese generar, fue recientemente resuelta por nuestro órgano de cierre al determinar a qué entidad debía entenderse afiliada una persona cuando se declaraba la ineficacia de la afiliación al RAIS, pese a nunca haber cotizado a Colpensiones pues su permanencia en el régimen de prima media había sido a través de Pensiones Antioquia. Consúltese

la sentencia STL8362-2022, Radicación 66878, oportunidad en la que la Sala de Casación Laboral, en sede de tutela, concluyó que:

“(…) Al efecto conviene memorar que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín revocó la decisión del a quo que había ordenado el regreso de la demandante a Colpensiones para, en su lugar, absolverla por este concepto y ordenar la reactivación de la demandante en el régimen de prima media administrado por Pensiones de Antioquia, sin solución de continuidad, con el traslado de la totalidad de valores recibidos con ocasión de esa afiliación, incluyendo frutos y rendimientos causados, así como las cuotas de administración [...] y le ordenó a Pensiones de Antioquia activar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad y a recibir los valores atrás descritos.

Para el efecto, señaló como hechos acreditados en el plenario que: i) Dora Cecilia Suárez Moreno nació el 29 de junio de 1964; ii) el 23 de febrero de 1987 se vinculó como trabajadora al servicio del Departamento de Antioquia – Contraloría General del Antioquia – hasta el 30 de abril del 2000, entidad en la que se hacían los descuentos para seguridad social destinados a Pensiones de Antioquia; y iii) a partir del mes de mayo de 2000 comenzó a realizar cotizaciones al RAIS, administrado por la AFP Protección SA, luego de la suscripción del formulario de afiliación el 6 de marzo de 2000.

Así, indicó que la demandante nunca estuvo afiliada al entonces ISS y mucho menos a Colpensiones, antes del traslado a Protección SA, y una vez vinculada como servidora pública al servicio del Departamento de Antioquia – Contraloría General de Antioquia en febrero de 1987, por lo que sus aportes se realizaron a Pensiones de Antioquia, al respecto indicó que:

Si bien es cierto, no es admisible que se afilien nuevos trabajadores tal y como lo refiere el apoderado de esta entidad al momento de contestar la demanda y en los alegatos de conclusión – circunstancia que regula el Dcto. 2079 de 1995 – no se trata en este caso de una nueva afiliación sino de reactivar la que ya se tenía en ese entonces al régimen de prima media al que pertenecía la señora Suárez Moreno al momento de su traslado al RAIS en mayo de 2000, razón por la cual tampoco es válido el argumento de la codemandada Pensiones de Antioquia a lo largo del trámite procesal, cuando refiere a que no es procedente que se ordene el regreso de la actora a esa entidad, por cuanto, aquella se desvinculó de la Contraloría General de Antioquia desde el mes de agosto de 2001 y no continuó siendo servidora pública. Se reitera, la consecuencia de la ineficacia de la afiliación, es que las cosas regresan a su estado anterior, como si el acto de afiliación nunca hubiere existido.

Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal debió tener en cuenta que para el caso de que se acreditara la ineficacia del traslado que realizó la accionante de Pensiones de Antioquia al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, **el regreso al statu quo implicaba que aquella debía ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora**

**Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

En ese escenario, a Colpensiones es a quien corresponde recibir la totalidad de los aportes realizado por la demandante a Protección, pues, se itera, los fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, conservaron la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y la accionante cotizó a Pensiones de Antioquia, lo que implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida, siendo que la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional, por lo que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, debía ser que se tenga a la demandante como perteneciente al régimen de prima media con prestación definida que actualmente es administrado por Colpensiones.

Lo anterior se acompasa por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022 (...)” (Resaltos de la Sala).

En tal sentido, acogiendo el razonamiento impuesto y como acertadamente lo indicó la juez, corresponde a Colpensiones E.I.C.E recibir al afiliado, siendo la destinataria del dinero que debe retornar Porvenir S.A.

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, punto en el que se **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR S.A a *devolver los recursos de la cuenta de ahorro individual del señor JOSE RUBEN ZAPATA PÉREZ, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima*, así las cosas, en aras de materializar una sentencia efectiva, esta Magistratura considera necesario discriminar los tres ítems que componen los gastos de administración, mismos deben ser objeto de restitución conforme el claro el precedente sentado por nuestro órgano de cierre, punto que se estipulará en la parte resolutive del fallo.

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 E.I.C.E. reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las

cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputó a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que como se dijo no puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES, máxime si la ineficacia conlleva devolver las cosas a su estado original.

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **ADICIONAR** 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 S.A., 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, consúltense las sentencias de radicación SL4803-2021 y SL3710-2021<sup>1</sup>, al momento de cumplirse la orden impartida, PORVENIR S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. punto en el que esta Magistratura considera pertinente **ADICIONAR** el fallo de primera instancia.

En cuanto a la inconformidad del recurrente atinente a la imposibilidad de retornar las cuotas de administración en tanto a su juicio había operado el fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN, habrá de señalarse que ya la Corte se ocupó del tema cuando mediante sentencia de radicación SL2946-2021 emitida el 16 de junio, la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, reitero que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles, es decir pueden reclamarse en cualquier tiempo. Aunado a ello, en este tipo de procesos no se trata solo de reversar el acto de traslado, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras y administradoras.

En sentencia SL1942-2021 adujo que:

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como acertadamente lo dispuso el *a quo*, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales *en cualquier tiempo*, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Y luego en la SL2208-2021 señaló:

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, debe precisarse que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

---

<sup>1</sup> Concretamente dispusieron que: *Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

En tal contexto, no sería dable acoger los razonamientos esgrimidos por Porvenir S.A en este punto, máxime cuando no podría desligarse la ineficacia de sus efectos, aduciendo que los derechos derivados de ella no prescriben (retornar a prima media), pero sus consecuencias sí (montos a devolver).

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** por encontrarla ajustada a los antecedentes normativos y jurisprudenciales que se han expedido en torno al tema, **MODIFICÁNDOLA Y ADICIONÁNDOLA** en los aspectos antes aludidos.

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

Dicha condena NO se extenderá a Colpensiones E.I.C.E dado que se avoco conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, al tenor de lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

## 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**

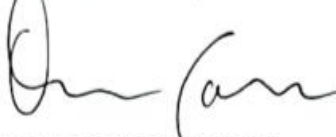
**PRIMERO: CONFIRMA** la sentencia proferida el 5 de agosto de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **JOSE RUBEN ZAPATA PEREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 2.774.046, en contra de **PORVENIR S.A, y COLPENSIONES E.I.C.E.**

**SEGUNDO:** Se **MODIFICA** el numeral segundo del fallo, bajo el entendido que PORVENIR S.A. trasladará a COLPENSIONES E.I.C.E todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante desde el cambio de régimen pensional, **incluyendo también los tres ítems que componen los gastos de administración, de acuerdo a lo previsto en el art. 20 de la Ley 100 de 1993**, es decir, costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los cuales serán debidamente **INDEXADOS** por la administradora del RAIS al momento del pago, oportunidad en la que además discriminará los conceptos entregados a **COLPENSIONES E.I.C.E**, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, junto con el detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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:

|                            |   |
|----------------------------|---|
| Proceso:                   | ORDINARIO LABORAL- apelación.               |
| Demandante:                | <b>JOSE RUBEN ZAPATA PEREZ.</b>             |
| Demandado:                 | <b>COLPENSIONES E.I.C.E y PORVENIR S.A.</b> |
| Radicado No.:              | 05001-31-05-017-2020-00184-02.              |
| Tema:                      | ineficacia traslado                         |
| Litis consorte por pasiva: | <b>PENSIONES DE ANTIOQUA.</b>               |
| Decisión:                  | <b>MODIFICA SENTENCIA.</b>                  |
| Fecha de la sentencia:     | <b>26/05/2023</b>                           |

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 29/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

**RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS**  
Secretario