



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, diez de mayo de dos mil veintitrés.

22-168

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **ÁNGEL FRANCISCO PEÑALVER BRITO.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.**
Radicado No.: 05001-31-05-012-2020-00039-01.
Tema: ineficacia traslado.
Decisión: **MODIFICA.**
Link: [22-168 \(012-2020-00039\)](#)

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 emitida en el proceso de la referencia.

Conforme memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería a la doctora NATALIA GONZALEZ HENAO identificada con C.C. No. 1.128.385.599 y portadora de la T.P. No. 258.819 del C.S de la J. para representar los intereses de COLPENSIONES conforme sustitución de poder que le hiciera el apoderado principal RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES, identificado con c.c. 79.576.294 y TP. 103.505 del C.S. de la J. representante legal de la firma RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S., con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio de Bogotá según consta en el Certificado de Existencia Representación Legal que acompañó, en su calidad de apoderado y de conformidad con la Escritura Publica No. 3.377 del 2 de septiembre de 2019, suscrita en la notaria 9 del circulo de Bogotá.

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 014** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Solicitó el demandante, que tras la declaratoria de **INEFICACIA** del traslado a PORVENIR S.A. se ordene a la administradora del RAIS a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores de la cuenta de ahorro individual, con los frutos, rendimientos e intereses causados. Consecuencialmente que se ordene a esta última entidad a aceptar la afiliación sin solución de continuidad. Finalmente solicitó condenar a COLPENSIONES E.I.C.E. a pagar la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos de ley, junto con los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

- ✓ Que nació el 10 de diciembre de 1954.
- ✓ Que el 1 de noviembre de 1996 se trasladó a Porvenir S.A, traslado que se dio con ocasión a la ausencia de una información clara y técnica sobre las ventajas y desventajas del traslado.
- ✓ Que, como consecuencia de la defectuosa información brindada por parte de la AFP, el consentimiento del demandante resultó viciado al momento de traslado de régimen.
- ✓ Que solicito ante PORVENIR S.A. la ineficacia y nulidad del traslado, entidad que, mediante comunicado del 5 de diciembre de 2019, rechazo los pedimentos.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones aceptando los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, y a la negativa de la AFP a la solicitud de ineficacia de traslado de régimen, respecto de los demás hechos adujo no constarle, bajo el entendido de que se trataban de circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenos al conocimiento de la entidad.

Por su parte PORVENIR S.A., soslayó que el traslado de régimen pensional fue completamente valido, al haberse efectuado de forma libre e informada, resaltando que la AFP nunca omitió información relacionada con las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen, por el contrario adujo que en todo momento brindo información clara, suficiente, veraz y oportuna, aunado a esto indicó que el demandante no puede beneficiarse de una condición de ignorancia cuando tuvo la posibilidad legal del traslado a lo largo de su vida laboral.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de junio de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín declaró no sólo la ineficacia de la afiliación al RAIS, sino además que el demandante había permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos causados, *así como lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos*, conceptos que deben aparecer *discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique*.

En cuanto a COLPENSIONES E.I.C.E., le ordenó reactivar la afiliación del demandante en el RPM, recibir los valores trasladados por la AFP demandada, e incorporarlos en la historia laboral del demandante.

Respecto de la pensión de vejez, el a quo condeno a COLPENSIONES E.I.C.E. a reconocer y pagar dicha prestación económica en favor del demandante, bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta la fecha de la última cotización realizada.

Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 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.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

En primer término, indicó que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en el año 1996, lo anterior por cuanto la AFP brindó la información suficiente que para la data se exigía, aduce que para la fecha en que se produjo la afiliación, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones pensionales, pues es una obligación que surge a partir del 2014.

Resaltó que no se puede darse aplicación a lo plasmado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en donde se analiza el deber de información, pues solo se tiene en cuenta a personas que son beneficiarias del régimen de transición, por lo que a su juicio no corresponde a la identidad fáctica del proceso. Seguidamente indica que de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa por lo que el demandante no puede excusarse bajo el desconocimiento de los parámetros del RAIS.

Respecto a los gastos de administración indico que, conforme a lo dispuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la declaratoria de ineficacia de la afiliación, los dineros a retornar deberán ser los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual, y que conforme al Artículo 113, lit b, de la Ley 100 de 1993, no se incluye la orden de devolución de los dineros por concepto de gastos de administración. Aunado a esto soslayó que estos dineros no financian la pensión de vejez y por ende no puede predicarse su imprescriptibilidad, por el contrario, las destinaciones de estos dineros generaron que el demandante se beneficiara con una alta rentabilidad en su cuenta de ahorro individual.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

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

Colpensiones a través de su apoderado judicial, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo, en primer lugar, hizo hincapié en que dicha entidad no participo en la celebración del contrato de vinculación, seguidamente indicó que las circunstancias en las cuales se realizó la afiliación al RAIS, son hechos ajenos al conocimiento de COLPENSIONES E.I.C.E.

De otro lado adujo que la carga de la prueba en el proceso de autos, debe aplicarse conforme a las características y circunstancias en concreto, sin que recaiga de forma total en cabeza de los fondos privados, aunado a esto, al tenor del Decreto 2555 de 2010, en su artículo 2.6.10.1.4, los afiliados tienen la obligación legal de informarse y realizar las acciones tendientes a propender por un conocimiento actual e informado.

Finalmente resalta que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, ocasionando que la sostenibilidad financiera del sistema pensional se vea fragmentada, poniendo en riesgo el derecho a la Seguridad Social de sus afiliados.

2.3.2. PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Por su parte PORVENIR S.A. solicitó la revocatoria integral de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que no resultaron probados los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil y 271 de la Ley 100 de 1993, lo anterior teniendo en cuenta que el formulario de afiliación se suscribió de forma libre, espontánea y sin presiones, aunado a que el documento no fue tachado o desconocido al tenor de los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso.

De otro lado indica que la AFP brindó una información oportuna y completa sin que sea jurídicamente viable imponer cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes al momento de la afiliación.

Bajo este hilo conductor, y de forma subsidiaria, en el evento en que se decida confirmar la ineficacia de la afiliación solicita que no se ordene la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar una prestación económica, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado como lo es COLPENSIONES, bajo el mismo argumento resalta que estos valores están sujetos al fenómeno jurídico de la prescripción.

Finalmente menciono la improcedencia de la indexación sobre las sumas a retornar, esto al tenor de la Sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010 de la Corte Constitucional, pues a su juicio, considera que al trasladarse los valores de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos generados, se está mitigando los efectos de la devaluación de la moneda.

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 del demandante a la sociedad administradora de fondo de pensiones a través de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, analizando lo atinente a la aplicabilidad de lo que en torno al tema ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia. En caso afirmativo se determinará qué haberes le corresponde retornar a PORVENIR S.A.

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Pero, además, al invertirse la carga de la prueba, le basta al actor afirmar que no obtuvo la información adecuada cuando transitó entre los regímenes, para que sea el fondo de pensiones el que deba desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar ese cabal acompañamiento. En tal sentido, se insiste, ni el paso del tiempo impide accionar contra un acto que no existió ni la oportuna re-asesoría, cuando ella se presenta, puede sanear lo que feneció al nacer.

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

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

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

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

Así las cosas, tanto del recuento realizado como del interrogatorio absuelto por el demandante, se desprende, de un lado, que para la época del traslado inicial al RAIS, concretamente el 10 de septiembre de 1996, cuando suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. (fl 75 del archivo 14 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 falta de comprensión respecto de los riesgos y desventajas que ocasionaría el traslado de régimen pensional.
- La escasa información brindada por el asesor de la AFP demandada, quien no brindó un examen claro, comprensible y veraz respecto de la esfera fáctica, jurídica y prestacional al momento del traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente el señor ÁNGEL FRANCISCO PEÑALEVER BRITO en el aludido interrogatorio expuso que era ingeniero de sistemas, y que actualmente trabaja en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

Respecto del traslado a PORVENIR S.A., adujo que la asesora comercial lo abordó en su lugar de trabajo, y en una reunión de aproximadamente 10 minutos, le indicó sendas ventajas que tendría en el fondo privado, como por ejemplo pensionarse a la edad que escogiese, esto en comparación con las falencias y presunción de extinción del ISS en su momento, resaltando así la solidez del fondo privado y advirtiéndole que, de no trasladarse, podría quedar sin derecho pensional.

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.

De otro lado, ha de precisarse que la aludida ineficacia no sólo implica el retorno de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, dígase 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 **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la a quo, quien tras exponer sus razones, ordenó a PORVENIR S.A. devolver el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos causados, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexado con cargo a sus propios recursos, conceptos que deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, lo anterior conforme lo ha indicado de forma reiterada y pacífica la honorable Corte Suprema de Justicia.

Y es que la Sala de Casación Laboral, de cara a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido pacífica en que ello trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración, razonamiento plasmado, entre otras, en la sentencia de radicación 85325 noviembre de 2020, cuando señaló que:

“(…) genera, como consecuencia, la de retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción de que el traslado nunca ocurrió, lo que conlleva, por parte de las administradoras privadas, a trasladar a COLPENSIONES, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades (al efecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias de casación CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”

Y nuevamente en las sentencias de radicación 77.804 y 68.087 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) ambas de 2020, rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Tal pensamiento también fue reiterado en la sentencia 78.667 (M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), cuando adujo que:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el *sub lite*, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional

(…) De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado la actora, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

(…)Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «*las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder*», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Y es que no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, debiendo garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que el demandante jamás se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS,

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

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

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

De otro lado, respecto a la indexación de los tres ítems que componen los costos de administración, esta Magistratura considera procedente **CONFIRMAR** el fallo toda vez que tal dinero (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), debe ser entregado a Colpensiones debidamente indexado por parte de PORVENIR 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 SL3710-2021¹, al momento de cumplirse la orden impartida, PORVENIR S.A. deberá discriminar los conceptos entregados a Colpensiones, detallando en forma pormenorizada a que corresponden cada uno de los valores entregados, punto en el que también se **CONFIRMARÁ** 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).

En tal contexto, no sería dable acoger los razonamientos 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).

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.*

PENSIÓN VEJEZ

Respecto de la prestación económica de vejez, después de analizar las pruebas aportadas y atendidas dentro del proceso de autos, se percata esta Magistratura que el demandante en el interrogatorio absuelto indicó que, se desempeña profesionalmente como ingeniero de sistemas, vinculado al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, labor que cotejada con la historia laboral de Colpensiones E.I.C.E y de Porvenir S.A, aportadas al plenario (fls. 38 a 42 y fls. 27 a 36, respectivamente, del archivo 01 del expediente digital), desempeña desde el año 1989, hasta la actualidad.

Ahora bien, se tiene que el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, al tenor de la Ley 119 de 1994, se considera como *“un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”*, en el mismo sentido, las funciones desempeñadas al servicio de dicha entidad son distintas a las de **construcción y sostenimiento de obras públicas**, circunstancias que se consideran suficientes para determinar que el aquí demandante es empleado público; sumado a que en el formulario de vinculación a Colpensiones E.I.C.E, radicado el 31 de octubre de 2019, y visible a folio 50 del archivo 01 del expediente digital, se anotó que el señor ÁNGEL FRANCISCO PEÑALVER BRITO, ostenta la calidad de empleado público.

Quiere ello decir que NO es posible emitir un pronunciamiento frente a la procedencia o no de la pensión de vejez, toda vez que esta Magistratura carece de jurisdicción para ello, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104-4 del CPACA, *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo en los que estén involucrados las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa. Igualmente conocerá de los siguientes procesos: 4. Los relativos a la relación legal reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”*, como en este caso acontece.

A dicho la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos negativos de competencia sobre el tema, que el conocimiento de los procesos tendiente a obtener la ineficacia o invalidez del traslado de régimen corresponde a la justicia ordinaria laboral, al ser el administrador de los aportes un fondo privado; pero como declarada la ineficacia se activa automáticamente la afiliación a COLPENSIONES, no es competencia de esa jurisdicción definir lo atinente al derecho pensional al satisfacerse los requisitos del artículo 104 del CPACA.

Sobre el particular es del caso traer a colación lo indicado por la Corte Constitucional en sentencia T-064 de 2016 cuando dijo:

“...la determinación adecuada de la jurisdicción que ha de resolver un litigio es un presupuesto de vertebral relevancia, en tanto de allí emana la validez misma del proceso, toda vez que un vicio como la falta de jurisdicción conlleva a que las actuaciones procesales resulten afectadas por una nulidad que no es susceptible de saneamiento alguno. Y agrega la Corporación: En esa medida, para la autoridad judicial que advierta la presencia de semejante defecto, resulta obligatorio declarar el vicio detectado y adoptar las medidas tendientes a que el trámite sea renovado con estricto apego al debido proceso. De esa forma, el juez consigue legitimar la administración de justicia y concretar la eficacia de los derechos de las partes enfrentadas, materializando así los fines estatales que la Constitución ha trazado. Por el contrario, aquel juez que evada dicho imperativo, eludiendo las funciones que le atañen como director de la contienda, perpetuará la transgresión del debido proceso y avalará la perversión derivada de las decisiones dictadas tras un juicio enteramente antijurídico...”

En consecuencia, lo procedente es **REVOCAR** los numerales cuarto y quinto del fallo, a través de los cuales se declaró la existencia del derecho al reconocimiento de la pensión de vejez al actor, para en su lugar declarar la falta de jurisdicción frente a dicha pretensión.

Ahora bien, respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al ser una pretensión accesorio, correrá la misma suerte que la principal, esto es la declaratoria de falta de jurisdicción para analizar y determinar su eventual reconocimiento, conforme a lo expuesto en los incisos que anteceden.

Bien podrá la parte, tras la ejecutoria de esta decisión, elevar la correspondiente reclamación ante Colpensiones, y si algo ha de controvertir respecto de tal prestación, discutir lo que a bien tenga ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, la decisión adoptada en primera instancia será **CONFIRMADA** en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado al RAIS, y **REVOCADA** frente a la declaratoria del derecho a la pensión de vejez a cargo de Colpensiones E.I.C.E.

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 dado que se avoco conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

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**,

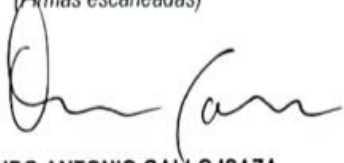
PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida el 21 de junio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **ÁNGEL FRANCISCO PEÑALVER BRITO** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 17.805.784, contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

SEGUNDO: se **REVOCA** los numerales cuarto y quinto del fallo y en su lugar se **declara la falta de jurisdicción** para conocer sobre el reconocimiento la pensión de vejez y los intereses moratorios.


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 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:	ÁNGEL FRANCISCO PEÑALVER.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.
Radicado No.:	05001-31-05-012-2020-00039-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	MODIFICA.
Fecha de la sentencia:	10/5/2023

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 11/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario.