



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintiocho de julio de dos mil veintitrés.

22-016

Proceso: ORDINARIO LABORAL- apelación.
Demandante: **GERMAN MIRA VASQUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES E.I.C.E y otros.**
Radicado No.: 05001-31-05-003-2018-00185-01.
Tema: ineficacia traslado.
Decisión: **CONFIRMA YMODIFICA SENTENCIA.**

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los Magistrado **MARIA NANCY GARCIA GARCIA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, Colpensiones E.I.C.E., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. contra la sentencia de primera instancia emitida en el proceso de la referencia.

Conforme al memorial allegado con los alegatos de conclusión, se reconoce personería a la Dra. NATALLY SIERRA VALENCIA identificada con cédula de ciudadanía 1.152.441.386 y portadora de la Tarjeta Profesional 258.007 del C.S. de la J., para representar los intereses de PROTECCIÓN S.A conforme sustitución de poder que le hiciera el doctor JUAN PABLO ARANGO BOTERO, identificado con c.c. 98.545.420, como Representante Legal en calidad de Vicepresidente Jurídico y Secretario General, con plenas facultades de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 75 del CGP, según consta en el Certificado de la Superintendencia Financiera que reposa en el plenario, y de conformidad con la Escritura Publica No. 606 del 09 de junio de 2022, suscrita en la notaria 14 del círculo de Medellín.

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

1. SÍNTESIS FÁCTICA y ANTECEDENTES.

1.1. LO PRETENDIDO.

Solicitó el demandante, que se declare la **NULIDAD y/o INEFICACIA** del traslado a las administradoras del RAIS, y por ende se tenga como válidamente afiliado al RPM. Que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003 a partir del cumplimiento de la edad el 2 de julio de 2019. Consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a Porvenir S.A a trasladar todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos, sin ningún descuento por cuota de administración. Que se condene a Colpensiones a recibir los aportes, reactivar la afiliación y reconocer la pensión de vejez junto con los intereses moratorios o en subsidio la indexación. Finalmente solicitó se condene en costas y agencias en derecho.

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

- ✓ Que nació el 02 de julio de 1957.
- ✓ Que se afilió inicialmente al ISS, y realizó cotizaciones entre agosto de 1976 y noviembre de 1996 para un total de 251 semanas.
- ✓ Que se trasladó al RAIS administrado por Colfondos S.A. el 28 de noviembre de 1996.
- ✓ Que efectuó movilidad a Santander S.A el 1 de noviembre del 2000, y a Porvenir S.A el 1 de abril de 2005.
- ✓ Que al momento de afiliación al RAIS, no se le suministró información suficiente el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a una pensión, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada, tampoco le informaron a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que se recibiría en el RAIS y en el RPM.
- ✓ Que Porvenir S.A., no le brindó asesoría antes de cumplir los 62 años de edad.
- ✓ Que, cuenta con 1222 semanas cotizadas en toda su vida laboral.
- ✓ Que el 24 de julio de 2017, solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Controvirtieron las entidades demandadas el derecho pretendido. Inicialmente se pronunció Colpensiones E.I.C.E. indicando que le constaban los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al RPM, el traslado al RAIS, y la solicitud de traslado incoada; frente a los demás hechos indicó que no le constan, por cuanto son ajenos al conocimiento de la entidad.

Colfondos S.A., estimó como cierto el hecho relativos al traslado de régimen pensional, frente a los demás agujo que, los asesores comerciales a su servicio, están debidamente capacitados y acreditados para brindar una asesoría clara y precisa sobre las condiciones y normas de Ley que se encuentran vigentes al momento de la asesoría, razón por la cual consideró que el traslado obedeció a un acto libre y voluntario, tal y como se manifiesta en el formulario de vinculación, en el cual se brindó la información necesaria acerca de la pensión, de la forma como se podían pensionar y de todas las ventajas que tenía al pertenecer al RAIS, se le indicó que todo se basa en un capital y que se constituye la pensión de acuerdo al ahorro, sin necesidad de una edad determinada, los beneficios del capital, el tramite pensional, el régimen de transición y las posibilidades de retornar al RPM.

Por su parte Porvenir S.A., consideró como ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, el traslado al RAIS, la densidad de semanas cotizadas por el demandante, la proyección pensional realizada, la comunicación del 14 de abril de 2016; frente a los demás hechos adujo no costarle al tratarse de entidades distintas a dicha AFP, resaltando que al accionante se le indicó que el valor de la mesada pensional dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida, entre otros aspectos, los cuales son imposibles fácticamente de prever a futuro, cumpliendo así con las obligaciones que se encontraban vigentes al momento de la afiliación.

Finalmente, Protección S.A, estimó como cierto el hecho relativo al traslado a dicha AFP, aclarando que se realizó de forma voluntaria según consta en el formulario de afiliación fechado a 1 de noviembre del 2000; frente a los demás indicó que no le constan, resaltando que se trata de supuestos ajenos a dicha AFP.

1.4. DECISIÓN PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín decidió:

“PRIMERO: declarara que las AFP Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A. faltaron a su obligación de diligencia debida hacia GERMAN MIRA VASQUEZ cuando no le otorgaron información real y oportuna al momento del traslado del RPM al RAIS, ni probaron que le verificaron a lo largo de la afiliación al RAIS, que las circunstancias que le eran más favorable era permanecer en el RAIS antes que en el RPM.

SEGUNDO: declarara que las AFP Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A causaron grave perjuicio económico en la mesada pensional del demandante, causándole consecuentemente menoscabo en el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

TERCERO: declarar la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A en el perjuicio causado al demandante, al sufrir un menoscabo en su seguridad social en pensiones.

CUARTO: declarar la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del RPM acaecida en el demandante cuando este se trasladó del ISS a Colfondos S.A y sus traslados posteriores, y en su lugar declarar que el demandante sigue inmerso en el RPM a cargo de las AFP Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A.

QUINTO: absolver de todas las pretensiones incoadas a Colpensiones, sin perjuicio de las ordenes de cálculo actuarial y conmutación pensional.

SEXTO: consecencial a las anteriores declaraciones, ordenar a Porvenir S.A. que dentro del mes siguiente a que lo solicite por escrito el demandante, le reconozca liquide y pague pensión de vejez conforme al RPM, aclarando que el demandante en el escrito en que solicite de la pensión de vejez, debe incluir el certificado de retiro laboral.

SÉPTIMO: ordenar a Porvenir S.A. que dentro del mes siguiente que reconozca liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM al demandante, solicite por escrito a Colpensiones elaboración del cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional. Igualmente se ordena a Colpensiones, que, dentro de los dos meses siguientes a la solicitud de Porvenir S.A., elabore calculo actuarial pensional y dentro de ese mismo lapso, lo presente a Porvenir S.A., entidad que, dentro del mes siguiente a la recepción del cálculo actuarial pensional, procederá al pago real y efectivo de este a Colpensiones.

OCTAVO: ordenar a Porvenir S.A. que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial pensional, queda obligada a continuar pagando la pensión de vejez bajo el RPM al demandante. Colpensiones subrogara en dicha obligación a Porvenir S.A., desde el momento en que reciba real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional.

NOVENO: autorizar a Porvenir S.A. a hacer recobro por escrito de Colfondos S.A. y Protección S.A. del 9% en el caso de Colfondos S.A, y del 10 % en el caso de Protección S.A., del valor del cálculo actuarial pensional, ello dentro del mes siguiente a la fecha en que Porvenir pague dicho valor a Colpensiones. Se ordena a Colfondos S.A. y a Protección S.A. a que dentro del mes siguiente a que reciban por escrito el porcentaje ya indicado del cálculo actuarial pensional, debe proceder al pago efectivo en favor de Porvenir S.A.

DECIMO: autorizar a Porvenir S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que se autoriza a Colpensiones, tomando para si los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que este en la cuenta de ahorro individual de aquel.”

Finalmente condeno en costas y agencias en derecho por la suma de \$3.634.000 a cargo de Porvenir S.A. y en favor del demandante. Autorizó a esta AFP a recobrar por escrito a Colfondos S.A. el 9% y a Protección S.A. el 10% de dicha suma.

Dentro del término concedido por la ley, el demandante, Colpensiones E.I.C.E., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. interpusieron y sustentaron recurso de apelación.

2. ARGUMENTOS.

2.1. DEL JUEZ PARA DECIDIR.

Indicó que las consecuencias de las consecuencias de la ineficacia de la afiliación, no pueden afectar a los terceros ajenos a dicho negocio jurídico, como lo es Colpensiones, razón por la cual al tenor del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, no puede causarse un agravio a dicha entidad pues iría en contravía de la constitución misma, al endilgarle la obligación de aceptar el retorno automático del demandante con ocasión al perjuicio causado por una AFP, más aun cuando nadie puede beneficiarse de su propia negligencia o descuido, principio que puede verse desarrollado en sentencia de la Corte Constitucional T 213 de 2008. Así las cosas, si se prueba que las AFP no brindaron una información veraz y oportuna, lo que procede es declarar la inaplicación constitucional del RPM y en ese sentido, indicar que el trabajador sigue inmerso en el RPM, pero a cargo de la administradora de fondos de pensiones del RAIS incumplida. En este orden de ideas, y respecto al deber de información a cargo de las AFP accionadas, adujo que se encuentra probado en el plenario que al demandante no se le brindó información honesta, transparente, veraz y oportuna, por parte de las AFP accionadas, pues solo existe la pre forma del formulario de afiliación como prueba de la información suministrada por las mismas, razón por la cual que consideró procedente dejar sin efectos la afiliación al RAIS. Finalmente considero que, con base al quebrantamiento del deber de información, al demandante se le había causado un menoscabo en su derecho pensional, por lo cual ordeno a Porvenir S.A. su reconocimiento bajo los parámetros del RPM.

2.2. RECURSOS DE APELACIÓN.

2.2.1. PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

Solicita se revoque a sentencia de primera instancia, considerando que no hay razones jurídicas ni fácticas para declarar la ineficacia del traslado, pues no se encuentra conforme los lineamientos del artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, por cuanto no se vulneró el derecho a la libre elección del demandante, y en consecuencia lo que se solicitó fue la ineficacia por el no cumplimiento de una

expectativa pensional, de otro lado, destacó que para la época de traslado no existía la obligación de aportar documentos distintos al formulario de afiliación en los que se diera cuenta el tipo de información que se brindó, concepto reforzado por la Superintendencia Financiera de Colombia en Circular 019 de 1998, resaltó que con la entrada en vigencia de la Ley 1748 de 2014, se le dio a las AFP la obligación de aportar una documental que dé cuenta del tipo de información brindada en las asesorías pensionales. Destacó que en el proceso se presentan actos de relacionamiento, como prueba de que el demandante tenía la voluntad de verse beneficiado por las características del RAIS, por lo que es improcedente la ineficacia cuando no se le da la oportunidad a las AFP de probar mediante el interrogatorio de parte, que información se le suministró, pues a su juicio, solo con la prueba documental no es procedente la ineficacia de la afiliación teniendo en cuenta que el formulario si da cuenta de la voluntad del demandante y de la información suministrada, sin embargo, teniendo en cuenta el escrito demandatorio, considera que el demandante debió haber rendido interrogatorio de parte para tener en cuenta las características bajo las cuales se brindaron las asesorías.

De otro lado, cuestiono la facultad extra petita que aplica el juzgado, pues no encuentra las características para su declaración, lo cual es que el demandante haya tenido la oportunidad de probar y acreditar dentro del proceso, que fue víctima de un perjuicio, cosa que no ocurrió.

Indicó que no es dable que la AFP reconozca una pensión con las características del RPM, pues los regímenes son distintos e incompatibles, razón por la cual no es procedente el reconocimiento y menos los descuentos que se ordena realizar a las demás AFP, aunado a que dicho concepto carece de fundamento jurídico y jurisprudencial.

Finalmente, respecto a las costas procesales, indica que no son procedentes toda vez que no fue el primer fondo al cual se hizo el traslado, y que dicha AFP obró de buena fe al simplemente recibir el traslado horizontal del demandante en el año 2005.

2.2.2. PRESENTADO POR COLFONDOS S.A.

Indicó que línea jurisprudencial existente relacionada con las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, tiene como consecuencia jurídica el afirmar que el afiliado permaneció en el RPM sin solución de continuidad, ordenando a las AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, incluyendo frutos e intereses, rendimientos, cuotas de administración y seguros, pero nunca se ordena que una AFP reconozca y pague una pensión con las normas del RPM, pues ambos regímenes son excluyentes, por lo que es improcedente, en razón a esto, solicitó se revoque la sentencia, y en su lugar, si se

considera pertinente, se declare la ineficacia de la afiliación con las consecuencias jurídicas indicadas por la C.S.J.; en consecuencia, se debe ordenar a la última AFP quien tiene los recursos, la devolución de los mismos a Colpensiones, para que sea esta entidad quien se encargue del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Frente a las costas procesales, solicitó que no se condene a la entidad en segunda instancia, aclarando que el recurso solamente se interpone por la obligación de cumplimiento del precedente jurisprudencial.

2.2.3. PRESENTADO POR PROTECCIÓN S.A.

Solicitó la revocatoria de la providencia, considerando que el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, indica que los regímenes pensionales tienen carácter excluyente, siendo selección del afiliado someterse a una u otras reglas, por lo cual se ha garantizado la selección libre de régimen al tenor del literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 271 ibídem, normas que mencionan que las consecuencias del desconocimiento de este derecho, da lugar a la aplicación de sanciones y además deja claro que si la afiliación no es libre y voluntaria, la misma quedará sin efectos, de este punto nace el deber de la AFP de brindar una información clara, completa y veraz a los afiliados, deber que ha existido desde la creación de las AFP, conforme a las siguientes normas: Decreto 663 del 1993, Decreto 656 del 1994, Decreto 720 de 1994, Ley 1328 del 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015, Circular 016 de 2016, entre otras normas, lo que la Corte Suprema de Justicia ha denominado fases de la información.

Para resolver el problema jurídico de la ineficacia, es necesario remitirse a la jurisprudencia de la C.S.J. quien fijó dos reglas, en primer lugar, la existencia de la información por parte de la AFP, y en segundo la inversión de la carga de la prueba para acreditar lo anterior, y en razón a ello, se determinó que la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, lo que implica que el demandante conserve válidamente su afiliación al RPM, correspondiéndole a las AFP el traslado de los aportes que hubiese recibido con motivo de esa afiliación, por lo que las condenas plasmadas en la providencia recurrida, no son un efecto propio de la ineficacia según el precedente de la C.S.J., aunado a que, en la demanda no existen pretensiones bajo ese entendido, por lo cual el a quo está alterando el principio de congruencia, y de sostenibilidad financiera, además que las cargas impuestas a la AFP son excesivas, ilegales e inconstitucionales.

Resaltó que de conformidad con el precedente de la C.S.J. la carga de la prueba no se invierte con relación a los perjuicios, y en razón a ello, no existe prueba que determine que el demandante sufrió

un perjuicio por su afiliación a las AFP accionadas, de modo que tampoco son procedentes las condenas impuestas.

2.2.4. PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Solicitó que se modifique la sentencia de instancia, considerando que no se evidencia que se le esté causando ningún tipo de daño o perjuicio a la parte demandante, puesto que este no tiene ningún derecho consolidado o expectativa legítima de la pensión para el momento del traslado en el año 1996, por lo que debe entenderse válida la afiliación al RAIS, pues, ya ha sido reiterado por diferentes sentencias del Tribunal Superior de Medellín, que la aplicación de la ineficacia en el sentido en que se desarrolló la providencia recurrida, no resulta procedente por cuanto los efectos de la misma no son acordes con lo indicado por la C.S.J. por lo que el asunto debe resolverse bajo estos postulados teniendo en cuenta lo indicado en sentencia SL 1452 de 2019, debiendo evaluarse el deber de información con base a la fecha del traslado de régimen pensional. Resaltó que no se le dio valor al hecho de que el demandante se trasladó varias veces dentro del RAIS, pues no se tuvo en cuenta la situación particular del afiliado. Concluyó frente a esta situación que existe una indebida aplicación de las normas que regulan la asesoría en el traslado, por lo que solicita se absuelva de forma total a la entidad de las pretensiones incoadas.

De otro lado, indicó que conforme al salvamento de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a la sentencia SL 4803 de 2022, en donde indica que lo que se debe analizar para el traslado de régimen, es la información que se suministró al momento del mismo, pero teniendo en cuenta que el demandante también tenía unas obligaciones de asesorarse y pedir información adicional respecto a las particularidades de su caso, situación que no se evidenció en el presente proceso, pues incluso el Decreto 2241 del 2010 indica que hay unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados, los cuales no se están tomando en consideración, por lo que se evidencia que existe una vulneración al debido proceso en contra de Colpensiones, al omitirse los análisis sustanciales frente a la declaratoria de la ineficacia, desconociendo precedentes jurisprudenciales en los cuales ya se habían discutido estas situaciones particulares.

2.2.5. PRESENTADO POR EL DEMANDANTE.

Resaltó que no comparte las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, pues estas no son las que jurídicamente proceden, por lo cual solicitó la revocatoria de la sentencia, y en su lugar se declare la ineficacia de la afiliación como se solicitó en el escrito de demanda, junto con las consecuencias

jurídicas que devienen de la aplicación de la línea jurisprudencial de la C.S.J. concretamente bajo los postulados de la sentencia 46292 del 3 de septiembre del 2014, esto es, que en los eventos en que los fondos privados incumplan con el deber de información, lo que procede es la ineficacia del traslado de régimen al tenor del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 271 ibídem.

Destacó que en el proceso está acreditado que al demandante no se le dio la información suficiente, pues las AFP no cumplieron con el deber probatorio de demostrar lo contrario conforme a la jurisprudencia de la C.S.J. por lo que el demandante no se trasladó de forma libre y voluntaria, al desconocer las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, y como consecuencia de ello, debe entenderse que este acto nunca nació a la vida jurídica considerando que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM. En razón a lo anterior solicitó se revoque la sentencia recurrida.

Resaltó que el demandante acredita los requisitos para causar la pensión de vejez conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por lo que solicitó se condene a Colpensiones a su reconocimiento y pago, debiendo liquidarse el IBL como lo establece el artículo 21 ibídem, aplicándole el que resulte más favorable, y reconociendo la prestación una vez este acredite su última cotización al sistema.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.3.1. PRESENTADOS POR PORVENIR S.A.

Solicitó se revoque de forma integral la sentencia de primera instancia, en razón a que, no se alegó, y menos probó los eventos previstos en los artículos 1508 y 1741 del Código Civil y 271 de la Ley 100 de 1993, por el contrario manifestó que se brindó una información oportuna y completa, garantizando el derecho de retracto, a la libre escogencia y el deber de información al demandante, adujo que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso. Resaltó que, no es viable jurídicamente imponerle cargas probatorias distintas a las previstas en las leyes existentes para el momento de la afiliación, pues hacerlo, claramente constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima, en tanto que actuó amparada por lo señalado en la Ley 100 de 1993, los decretos reglamentarios y en las disposiciones del órgano de vigilancia.

Adujo que, al tenor del principio de la congruencia de la sentencia – artículo 281 del C.G.P-, al no haberse discutido y menos probado la mala fe de Porvenir S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenársele a “restituir a favor del afiliado y por ende de un tercero como es Colpensiones”, los rendimientos financieros que logró gracias a la gestión en la administración de los aportes en el RAIS, en igual medida no debe ordenarse la devolución de las primas de seguros por cuanto el afiliado siempre estuvo protegido por las contingencias que ellas amparan.

De forma subsidiaria, en caso de confirmar la sentencia, resaltó que *el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el RPM*, esto es, el monto de los *aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

En el evento en que se ordene el reintegro de la totalidad de los rendimientos, solicitó se autorice a Porvenir S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, teniendo en cuenta que la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos

Frente a la indexación de las sumas a retornar, consideró que conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 00161 de 2010 y por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 9316 de 2016, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es incompatible y excluyente ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPM, por lo que ordenar a Porvenir S.A. a indexar cualquier suma de dinero, significa imponer una doble sanción, por cuanto, los rendimientos financieros obtenidos, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

2.3.2. PRESENTADOS POR PROTECCIÓN S.A.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, ratificándose en lo expuesto en su recurso de alzada, manifestando que la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado, ello implica que el demandante conserve válidamente su afiliación al RPM. y que el fondo de pensiones proceda con la devolución a

Colpensiones de la totalidad de los aportes que hubiese recibido durante la vigencia de la afiliación al RAIS.

2.3.3. PRESENTADOS POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Solicitó se revoque la sentencia de forma integral y que no se acceda a la declaratoria de ineficacia, ratificando lo expuesto en su recurso de apelación, resaltando que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1452-2019, 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, pues a su juicio, 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 con esto el principio de confianza legítima, y debido proceso para Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación económica de pensión de vejez solicitada en las pretensiones de la demanda.

Subsidiariamente indicó que en caso de declararse la ineficacia de la afiliación bajo los postulados de la C.S.J., se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al RPM, de manera que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros Previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual, lo anterior conforme a las Sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 4989-2018 y CSJ SL 1421-2019, rad. 56174 y CSJ SL2329-2021.

2.3.4. PRESENTADOS POR EL DEMANDANTE.

Se ratificó en lo expuesto en su recurso de apelación, indicando que las normas aplicables al caso concreto, así como el criterio jurisprudencial que debe aplicarse para resolver las pretensiones de la demanda debe ser el aplicado por la C.S.J.

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 del 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., Colfondos S.A., y Protección S.A. y si bajo estos efectos, es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del demandante.

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:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales,

ETAPA EN LA QUE SE ENCONTRABA EL DEMANDANTE	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	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 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 28 de noviembre de 1996 cuando suscribió el formulario de vinculación a Colfondos S.A. (fl. 32 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 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 por la ausencia de una asesoría integral en donde se indique las características del RAIS, las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Y es que expresamente el señor GERMAN ALONSO MIRA VASQUEZ en el aludido interrogatorio manifestó que profesional en ingeniería sanitaria y que labora para la empresa Integral S.A. Respecto de su traslado al RAIS en cabeza de la AFP Colfondos S.A., adujo que el asesor de la AFP, mediante una reunión de carácter individual le indicó que el ISS iba a desaparecer, y que, conforme a su condición, no iba a poder acceder a una buena pensión en el RPM, lo que si iba a suceder en el RAIS.

Sobre la MOVILIDAD indicó que se pasó a Santander S.A., indicó que el área administrativa de la empresa les sugirió el traslado a dicha AFP, y que en razón a que pensaba que se trataba del mismo esquema de fondo de pensiones suscribió el formulario de afiliación; resaltó que el asesor de dicha AFP solo lo asistió para efectos de llenar el formulario de afiliación, sin brindarle información adicional sobre el RAIS. Respecto al traslado posterior a Porvenir S.A., indicó que cuando ingresó a la empresa Integral S.A., era una directriz pertenecer a dicha AFP, razón por la cual firmó los documentos de ingreso junto con el formulario de afiliación; resaltó que no tuvo oportunidad de realizar preguntas y que firmó los documentos de la misma forma en que lo hizo en los anteriores traslados.

Destacó que su motivación para retornar al RPM es la diferencia en la cuantía de su mesada pensional, pues a su juicio, con la pensión ofrecida en el RAIS no podría subsistir.

Destáquese de lo expuesto, que el 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 por parte de los asesores.

En todo caso, en gracia de discusión, lo indicado por el reclamante dejar ver que no existió información suministrada al momento suscribir el formulario de vinculación al RAIS, 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, que no le dieron explicación alguna sobre el funcionamiento del régimen.

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 el afiliado 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 pudiese tener dicho cálculo 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 al actor 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 reemplazo, 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 al afiliado.

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 aduce el fallador, partiendo de la idea que se hubiese demostrado un daño, no puede indefectiblemente desprenderse de tal asesoría en la que el demandante decidió trasladarse de régimen, asesoría cuyo contenido integral se desconoce, pues lo dicho por el accionante en el interrogatorio de parte absuelto, tiene como finalidad provocar una confesión, no acreditar un hecho.

Incluso, de hablarse de la existencia de un daño, el mismo NO podría endilgársele a una administradora disímil a la primigenia, de ahí que la eventual responsable de asumirlo sería Colfondos y no Porvenir.

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 consecuencialmente 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 analizarse su procedencia.

Ha de agregarse que ninguna variación genera la **MOVILIDAD** entre diferentes administradoras del RAIS que se presentó en el caso del señor MIRA VÁSQUEZ, quien el 28 de noviembre de 1996 se vinculó a Colfondos S.A., posteriormente se trasladó a ING hoy Protección S.A. el 1 de noviembre del 2000 y finalmente se suscribió a Porvenir S.A. el 29 de abril de 2005, conforme se aprecia en el reporte del SIAFP (fl. 32 del archivo 14 del expediente digital), última entidad en la que actualmente permanece. 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 es ello precisamente lo que ocurrió en este evento, dado que a voces del actor, ninguna información relevante le suministraron.

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 las administradoras del RAIS accionadas, trasladen 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, extendiéndose tal orden a Porvenir S.A., Protección S.A y Colfondos S.A.. por el lapso en que el demandante estuvo vinculado a cada entidad o a sus antecesoras fusionadas.

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 Colfondos S.A. y Protección S.A.

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 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.

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 entregados a Colpensiones debidamente indexado por parte de Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección 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: Indexación = índice final/ índice inicial x capital – capital. Ello por cuanto una vez entre tal dinero al patrimonio de Colpensiones, el mismo se habrá visto envilecido por el paso del tiempo.

La Sala de Casación Laboral también 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.

Por último, 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, punto en el que también se adicionará el fallo.

En tal sentido, deberá **REVOCARSE** la orden del fallador en cuanto a la declaratoria de causación de un daño por parte de Colfondos, Protección y Porvenir, consecuencialmente todo lo atinente al pago del cálculo actuarial/título pensional a título de indemnización por perjuicios.

PENSIÓN VEJEZ.

Bastará con decir que al no surtir efectos el traslado, se entiende que para el señor GERMAN ALONSO MIRA VASQUEZ es dable acceder a la pensión de vejez de acuerdo a los parámetros que para el efecto reguló la Ley 797 de 2003, que exige el cumplimiento de 62 años en el caso de los hombres, además de 1.300 semanas cotizadas al sistema, última exigencia que también se considera satisfecha.

Lo anterior por cuanto el demandante nació el 02 de julio de 1957, conforme se aprecia en la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 02, del archivo 03 del expediente digital, y en el Registro Civil de Nacimiento visible a folio 3 del archivo 03 del expediente digital, cumpliendo 62 años de edad el mismo día y mes del año 2019.

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.*

En cuanto a la densidad de semanas, tenemos que, de acuerdo con proyección pensional realizada por Porvenir S.A y fechada a 13 de diciembre de 2021, visible en el archivo 51 del expediente digital, cotizó un total de 1.458 semanas, superando así el requisito de las 1.300 exigidas por la Ley 797 de 2003, de ahí que la fecha de causación correspondió al momento en que el accionante arribó a la edad.

De otro lado, en cuanto al **DISFRUTE**, se ha considerado que éste se da cuando una vez reunidos los requisitos, el afiliado solicita a la entidad administradora de pensiones el reconocimiento de la misma y se ha dado el retiro o desafiliación del sistema, pues para la liquidación de la prestación se debe tener en cuenta hasta la última semana cotizada, ya que mal se haría en reconocer un retroactivo sobre unas semanas que efectivamente sirvieron de base para el cálculo de la prestación.

Así las cosas, basta con verificar la desafiliación o retiro del sistema, hecho que no sólo se prueba con el reporte expreso de la novedad de retiro, sino que también en algunos casos donde el afiliado deja de cotizar pero omite reportar formalmente su retiro, el hecho del que inequívocamente se infiere la voluntad de desafiliarse es la presentación de la reclamación tendiente al reconocimiento de la pensión, lo que constituye una manifestación indiscutible de la voluntad de cesar el pago de sus cotizaciones para empezar a disfrutar de la pensión.

De ahí que tal prestación esta llamada a disfrutarse a partir del día siguiente a la última cotización efectuada al sistema, hecho del que no existe certeza en el plenario, toda vez que la Historia Laboral obrante de folios 1 a 12, archivo 18 del expediente digital, si bien refleja una última cotización para el ciclo de abril de 2018, fue impresa en data lejana a la de emisión de la presente providencia (fecha de generación de historia laboral (29/105/2018).

Así las cosas, como NO existe certeza del último aporte de la accionante al sistema, se mantendrá la condena respecto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuya liquidación le corresponde a la administradora del régimen de prima media en atención a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993, **DISFRUTE** que se sometió a la verificación por parte de Colpensiones E.I.C.E del reporte de la novedad de retiro o cesación de cotizaciones, hecho del que no existe constancia en el expediente, no sólo, se insiste, por la lejanía de la data en que fue expedido el historial mencionado, sino además por confesión de la demandante al absolver interrogatorio de parte cuando adujo que se encontraba laborando para la empresa Integral S.A., por lo que se **MODIFICARÁ** la decisión de primera instancia en este punto, bajo el entendido en que la fecha de disfrute será determinada por Colpensiones E.I.C.E al momento de verificar la novedad de retiro o la cesación efectiva de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Finalmente, en cuanto a solicitud del recurrente de exonerar de las costas a Porvenir S.A., resulta pertinente indicar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General de Proceso, inicialmente para su concesión se acudió a un criterio objetivo, dado que sólo se examinaba si había salido avante la totalidad o no de las pretensiones, sin atender la buena o mala fe de la entidad. Sin embargo, tal posición fue morigerando en casos en los que no había sido la conducta de la entidad la que originó el conflicto que hoy se pone en conocimiento de esta Sala, máxime cuando la postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en un momento ha dado la jurisprudencia en su función de interpretar las normas.

De ahí que cualquier decisión de Colpensiones tendiente a negar administrativamente el traslado que judicialmente solicitó el accionante, no resulte caprichosa, sino que proviene de la prohibición consagrada en la Ley 797 de 2003 en torno a la imposibilidad de trasladarse entre régimen cuando un afiliado se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse.

Tal criterio se adoptó con ocasión de la expedición de la sentencia con radicado 44.454 del 2 de octubre de 2013, debate que se dio desde la óptica de la improcedencia de los intereses moratorios en aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo dentro de los plazos estipulados, se encontraran justificadas.

Mutatis mutandis, se ha aplicado dicho criterio PERO UNICAMENTE respecto de las costas procesales que se tasan en primera instancia a cargo de Colpensiones, no así respecto de las administradoras del RAIS accionadas, pues lo que en este aspecto se analiza no es precisamente la negativa de la respuesta a un derecho de petición, sino los efectos de una afiliación a otro régimen, es el actuar u omisión de aquellas en el que cimienta la necesidad de un afiliado de activar el aparato judicial en aras de obtener la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico, habiendo salido avante las pretensiones que en tal sentido se incoaron.

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 partes apelaron y 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: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por el señor **GERMAN ALONSO MIRA VASQUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 70.078.465 contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.**

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

TERCERO: MODIFICAR el fallo bajo el entendido que se:

- a) **DECLARA** la **INEFICACIA** de la afiliación del demandante al RAIS, entendiéndose que siempre estuvo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones E.I.C.E, es decir, de manera permanente y sin solución de continuidad.
- b) En consecuencia se **CONDENA** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante desde el cambio de régimen, tales como, aportes consignados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, incluyendo los 3 ítems que componen los gastos de administración (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima), condena que se **extiende** a COLFONDOS S.A., Y PROTECCIÓN S.A respecto de los 3 ítems referenciados con antelación, montos que serán debidamente **INDEXADOS** por dichas 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.
- c) Se **ORDENA** a COLPENSIONES E.I.C.E recibir los dineros trasladados, reflejando en la Historia Laboral la **totalidad** de cotizaciones realizadas por la demandante al régimen pensional.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E al reconocimiento y pago de la prestación económica de vejez, a favor del señor **GERMAN ALONSO MIRA VASQUEZ**, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con los parámetros indicados en la parte motiva de la providencia. El disfrute de esta prestación económica estará condicionado a la verificación por parte de COLPENSIONES E.I.C.E del reporte de la novedad de retiro o cesación de cotizaciones, entidad que también deberá **actualizar** la historia laboral, teniendo en cuenta todos los tiempos cotizados y con base en esto, **liquidar** el IBL y consecuencial monto de la mesada pensional que le corresponde al demandante.


QUINTO: 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 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:	GERMAN MIRA VASQUEZ.
Demandado:	COLPENSIONES E.I.C.E y otros.
Radicado No.:	05001-31-05-003-2018-00185-01.
Tema:	ineficacia traslado.
Decisión:	CONFIRMA YMODIFICA SENTENCIA.
Fecha de la sentencia:	28/07/2023

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 31/07/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario