

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00155-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen - Pensión de Vejez Ley 797 de 2003
DECISIÓN	MODIFICA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.019

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°004 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 186 del 9 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.**, con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó del RPMPD hacia **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente a **COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.**, teniéndose como válidamente afiliada y sin solución de continuidad al RPMPD. 2) Que consecuencialmente, se condene a **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todo el capital que conforma su cuenta de ahorro individual, junto a los respectivos rendimientos. 3) De otro lado, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** reactivar su afiliación al RPMPD. 4) Así mismo, solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir de la fecha de cumplimiento de los requisitos, al igual que los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las sumas resultantes.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 10 de mayo de 1964, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta 1996, año en el que decidió trasladarse a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, previa conversación con los asesores de esta entidad, quienes indicó, le manifestaron una supuesta conveniencia y privilegios en el caso de trasladarse a este fondo, entre estos, beneficios como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y una mesada más alta. Así mismo, afirmó que recibió datos como el inminente cierre del ISS, con lo cual corrían el riesgo de perder su pensión.

Posteriormente, en el año 2002, expuso la actora, se trasladó a **COLFONDOS S.A.**, y más adelante en 2020, decidió afiliarse a **SKANDIA S.A.**, ente donde permanece en la actualidad.

En ese sentido aseveró que, para el momento de su traslado, la AFP inicial no garantizó la existencia de una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, pues se omitió dar a conocer los riesgos de la decisión de trasladarse, como quiera que el único justificante para aquella determinación fue el hecho de poder pensionarse anticipadamente, lo que comporta la existencia de una asesoría insuficiente e inoportuna que no le permitió evidenciar la trascendencia de lo decidido.

Explicó que la asesoría de parte de **PROTECCIÓN** no puso a su consideración la diferencia entre los regímenes pensionales, que en el RAIS puede pensionarse a partir de determinado capital, la fecha de redención del bono pensional y la eventual disminución de su valor, las modalidades de pensión, que el monto de la pensión dependería de las condiciones del mercado, y mucho menos cual era el saldo que debía acreditar para acceder a la pensión. Igualmente, no recibió un estudio individual y concreto sobre las ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen.

Que, en comunicación remitida por **SKANDIA S.A.** el 16 de junio de 2021, le fue informado que su pensión en el RAIS equivaldría a la garantía de pensión mínima, mientras que, de haber permanecido en el RPMPD, podría llegar a la suma de \$1.867.683.

De otro lado, informó que, pese a no ser beneficiaria del régimen de transición, cumple con los requisitos de edad y semanas establecidos en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez. Finalizó diciendo que agotó la reclamación administrativa frente a **COLPENSIONES** (f. 1 a 20 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **SKANDIA S.A.** indicó que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia o nulidad del acto jurídico del traslado. Formuló como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* (...)” (f. 2 a 25 Archivo 07 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE ACEPTAR EL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL; FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS; PRESCRIPCION; COMPENSACIÓN; BUENA FE EN LAS ACTUACIONES DE COLPENSIONES; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA; DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL* (...)” (f. 2 a 19 Archivo 08 ED).

De igual modo, **COLFONDOS S.A.** solicitó que declaren probados los exceptivos de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE*

LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN y PAGO (...)” (f. 5 a 20 Archivo 10 ED).

Por último, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido al principio de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. En ese sentido formuló como medios exceptivos los siguientes: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN Y EL SEGURO PREVISIONAL POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y TRASLADO DE APORTES (...)” (f. 3 a 26 Archivo 11 ED).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 186 del 9 de noviembre de 2021, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE identificada con CC N° 51.745.406 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1996 a PROTECCIÓN S.A. por las consideraciones expuestas en esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS y SKANDIA, según sea el caso, que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, trasladen a COLPENSIONES los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, cuotas de administración, el porcentaje de la garantía de la pensión mínima, el eventual bono pensional y las primas previsionales y que proceda a normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP entregando el archivo del detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS, conforme lo analizado en esta decisión.

Los recursos provenientes del RAIS no podrán ser inferiores al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP que generó el traslado de régimen y a las que migró con posterioridad, se encuentran obligadas a asumir el pago de la diferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE al régimen de prima media con prestación definida, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y que una vez la demandante acredite el retiro del sistema, reconozca una pensión de vejez a razón de 13 mesadas al año. El IBL se calculará en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo de conformidad con el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

CUARTO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS formulada por COLPENSIONES y NO PROBADAS las restantes excepciones de mérito.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad PROTECCIÓN S.A., incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante, la suma de 3 SMLMV. (...)”.

Para arribar a esta decisión, consideró la Juez de primer grado que, a partir de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, normatividad vigente

para la época del traslado de la demandante, preceptos que establecían como características para el traslado de régimen pensional, que además de ser obligatoria la afiliación, aquella debe ser voluntaria y libre. En ese sentido, precisó que, en punto de la ineficacia del traslado, la Jurisprudencia Especializada Laboral se pronunció, por ejemplo, en Sentencias como la proferida el 9 de septiembre de 2008, la emitida en el Rad. 46292 de 2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, decisiones en las cuales ponen de presente que, desde su creación, las AFP tenían el deber de documentar de manera clara y suficiente, los efectos que acarrea el traslado, expuesto de manera clara y comprensible, informando tanto ventajas como inconvenientes, obligación que, de no cumplirse, trae de suyo que el traslado se considere ineficaz. Además, recordó que, conforme el precedente, en esta clase de asuntos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Bajo tal panorama, explicó que, en el caso de la demandante, la AFP demandada no acreditó haber brindado a la afiliada una asesoría clara, completa y comprensible al momento de suscribir el formulario de afiliación, lo cual no puede extractarse del formulario de afiliación, y mucho menos del interrogatorio de parte rendido por aquella. Luego, indicó que los traslados horizontales tampoco tienen la contundencia para convalidar el traslado inicial. Ante esas circunstancias, concluyó viable declarar la ineficacia del traslado de régimen con las consecuencias económicas iniciadas, debiendo remitir los recursos respectivos a **COLPENSIONES**.

A continuación, refirió que, a la luz de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la demandante acreditó la edad de 57 años y más de 1300 semanas de cotización, con los cuales consolidó su derecho pensional; sin embargo, al estar vinculada laboralmente y aportando a pensión, consideró procedente ordenar el reconocimiento pensional a partir de cuándo se reporte el retiro del sistema.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión solicitando la revocatoria del punto concerniente a la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales descontados a la demandante durante el periodo que estuvo afiliada a esta entidad, esbozando que tales deducciones tienen autorización legal en ambos regímenes pensionales, origen que también estipula una destinación específica para estos, punto en el que, agregó que producto de la administración de la AFP a los recursos de la actora se generaron rendimientos remitidos posteriormente a **COLFONDOS** y después a **SKANDIA S.A.**

Seguidamente anunció que, de tener que devolver tales recursos, se constituiría un enriquecimiento sin causa en cabeza de **COLPENSIONES**, en la medida en que estas sumas no componen el capital que financia la pensión, sumado a que, el fondo representado tiene derecho a conservarlos como restitución mutua en los términos del artículo 1746 código civil, al igual que en lo indicado en la Sentencia Rad. 31989 de 2008 y la Superintendencia Financiera, en donde, por ejemplo, la última precisó que, en asuntos de cambio de régimen, la administradora de pensiones solo está obligada a devolver el dinero obrante en la cuenta de ahorro individual, junto a los rendimientos y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pero en ningún caso lo destinado al seguro previsional, toda vez que estos fueron cancelados a la aseguradora, quien se convierte en un tercero de buena fe cumplidor de su deber contractual, pues mantuvo vigente la póliza para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, lo que torna improcedente solicitarle la devolución de las suma sin vertidas allí.

De otro lado, expuso que, si bien dentro de la sentencia se ordenó la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual junto a los rendimientos, tales recursos no están en su poder, como quiera que fueron trasladados a **COLFONDOS** en el año 2002, y después a **SKANDIA** en 2020, por lo que esa obligación se encuentra saldada.

Así mismo, insistió en que la condena relativa a devolver los gastos de administración

se erige como una condena en perjuicio de la entidad la cual, a la luz de la responsabilidad civil no está demostrada su causación, aparte porque a su juicio, la inversión de la carga de la prueba opera únicamente para la ineficacia, máxime que tales rubros son susceptibles de prescribir.

A su turno, el apoderado de **COLFONDOS** apuntó contra lo ordenado en torno a la devolución de las sumas destinadas a las primas de seguros previsionales, pues consideró que se trata de un descuento realizado por autorización legal, los cuales ya no se encuentran en poder de la entidad, dado que se encuentran en manos de terceros para garantizar la cobertura en las contingencias de invalidez y sobrevivencia, quienes tampoco fueron vinculados al proceso, lo que traduciría en una vulneración al derecho de defensa y contradicción.

Finalmente, la mandataria de **SKANDIA S.A.** presentó inconformidad en lo atinente a la devolución del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, al igual que los demás conceptos descontados, tras anotar que **PROTECCIÓN** cumplió con el deber de información en el contexto normativo vigente para el año 1996, que no era tan amplio y riguroso como ahora, cuestión que se desprende de lo señalado en el interrogatorio de la reclamante, oportunidad en la que aceptó haber recibido asesoría verbal y suscribió formulario de afiliación libre y voluntaria.

Expuso que la demandante desplegó actos de relacionamiento con el hecho de realizar traslados horizontales entre diferentes administradoras, actitud que dejó evidencia de su conocimiento de las ventajas, riesgo y beneficios del RAIS, aunado a que tampoco tuvo interés en su futuro pensional, pues nunca acudió a la AFP a solicitar información sobre su situación, lo que se convierte en una violación al Decreto 2241 de 2010 que presupuesta deberes en cabeza de la afiliada, quien solo al estar próxima a pensionarse manifestó su inconformidad que, de paso, radica en relación con su mesada pensional, denotándose que su motivación para adelantar este proceso no es la falta de información, sino la proyección de una posible mesada, expectativa que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, máxime en el caso de la actora que cuenta con todas las condiciones socioeconómicas y académicas para entender la información brindada, así como las consecuencias del acto jurídico celebrado.

Que su representada debe quedar absuelta de la devolución de las sumas distintas al saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, todas vez que los descuentos realizados durante la afiliación de la accionante están basados en disposiciones legales, destinados a cubrir las cuotas de administración que remuneran la gestión de la entidad, actividad demostrada con los rendimientos generados, sumado a que, lo atinente a los seguros previsionales fueron cancelados a terceros de buena fe, los cuales cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno, el abogado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia, al no haberse probado que las AFP brindaron a su representada una información clara, completa, adecuada y comprensible, como lo señala la Sala de Casación Laboral de la CSJ, reiterando con ello el planteamiento efectuado desde la demanda (Archivo 06 ED Tribunal).

Por su parte, **SKANDIA S.A.**, reiteró lo manifestado a lo largo del proceso, concerniente a que siempre actuó de buena fe, al paso que la afiliación de la demandante se produjo de manera libre, voluntaria y consciente, como quedó expresado en el formulario de afiliación, ajustada entonces a lo requerido por el Decreto 692 de 1994, lo que es plena prueba de la libertad de afiliación al RAIS, agregando que la regulación para la época del traslado no

exigía documentar la información brindada. Por último, insistió en la improcedencia de la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional (Archivo 04 ED Tribunal).

De otro lado, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, la afiliación de la actora al RAIS surgió de un acto libre y voluntario, sin que se observe la configuración de vicios del consentimiento. Trajo a colación lo dispuesto en las Sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 para comentar la afectación en términos económicos que tendría el RPMPD. No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional debidamente indexados (Archivo 05 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS, según las pruebas recaudadas, o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Solo de prosperar la ineficacia, se analizará si la actora acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de la misma, la cuantía de la mesada y el retroactivo.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE** nació el 10 de mayo de 1964, conforme lo muestra la copia del documento de identidad visible a folio 24 Archivo 01 ED.
- (ii) Que estando afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1984 y 1996, la actora se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP **PROTECCIÓN S.A.** el 12 de diciembre de 1996 (f. 53, 57 a 60 Archivo 02 ED).
- (iii) Que, durante su estancia en el RAIS, el 25 de julio del 2002 se trasladó a la AFP **COLFONDOS S.A.**, retornando a **PROTECCIÓN S.A.** el 16 de febrero de 2017, para después irse a **SKANDIA S.A.** el 26 de febrero de 2020, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 56 Archivo 02 ED, f. 38 a 39 Archivo 11 ED y f. 26 a 44 Archivo 07 ED).
- (iv) Que el 31 de mayo de 2021 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado en comunicado de la misma fecha (f. 25 a 26 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de

manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole.

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone 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*».(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su génesis, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses.

No se trataba simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

De ello emerge que la mera suscripción del formulario, no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suarios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.** (f. 53 y 56 Archivo 02 ED, 38 a 39 Archivo 11 ED y f. 26 Archivo 07 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida la posible afiliada, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, Y si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 13:44 a 47:18 Archivo 21 ED), de ello no logra extraerse confesión que la perjudique. De igual forma, el hecho de que la demandante tenga formación profesional no permite extractar que conocía los pormenores del entramado pensional, como lo entiende el apoderado de **COLPENSIONES**.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad hacia aquel.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, que advierte que las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

A tono con lo anterior, en cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento esbozada por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, es menester recordar que dicha postura fue recogida y corregida de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, que reiteró de manera categórica en la Sentencia SL2565-2022 lo siguiente:

“(…) Y, en la sentencia CSJ SL1561-2022, en punto de los actos de relacionamiento, precisó que, aunque en las providencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021, CSJ SL2753-2021, se aludió a ese término para convalidar la migración de régimen que carece de la información debida, por inferirse que los traslados horizontales permitía colegir «cierto nivel de conocimiento sobre los efectos que dicha decisión comporta», tal postura debía ser recogida y corregida, puesto que

[...] la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento [...] el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, [por tanto], al estar afectado el acto jurídico inicial, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia consiste en que, trae consigo la vuelta 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). (...)”. (Negrilla fuera de texto).

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial de la actora, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las

demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **SKANDIA S.A.**, fondo al que se encuentra afiliada en la actualidad, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actora en las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por la apoderada de dicha entidad.

Frente a este último aspecto, se ha indicado, acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora esta 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 deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.**, con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por la AFP demandada, pues pese a lo señalado por las apelantes, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester

considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas; no obstante, en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe la Sala precisar y adicionar la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, por lo que, en ese caso, la obligación a cargo de **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** concierne a la devolución de los gastos de administración, lo destinado a las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales, al igual que **SKANDIA S.A.**, deberán trasladar debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

De otro lado, en lo referente a la equivalencia que se ordenó en sentencia para que fuera asumida por la AFP, es preciso indicar que, la ineficacia declarada no puede quedar sujeta a dicho cálculo, por la potísima razón de que este no es el efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, pues pese a requerirse la actualización de dichos aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra **COLPENSIONES**, la solución acogida por la Alta Jurisprudencia a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la indexación de las condenas, tal como se indicó en líneas anteriores, medida reiterada, por ejemplo, en Sentencia SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Este aspecto, se resalta, pese a no ser materia de apelación por parte de la AFP, debe ser revocado, a efectos de ajustar la decisión acorde a lo concebido desde el precedente del Órgano de Cierre en materia Ordinaria, que, itera la Sala, está direccionado precisamente a la devolución de todo lo recibido, con la actualización económica de los rubros descritos (SL2877-2020 y SL1442-2022).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Respecto al segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional de la demandante lo es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tienen derecho a la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando alcancen los 55 años de edad, la que se incrementará a 57 años a partir de 1º de enero de 2014; y que hubieren cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1º de enero del año 2005 se incrementaron en 50 semanas, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 semanas cada año, hasta llegar a 1.300 semanas a partir del año 2015.

Advierte la Sala que la demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con la edad de 29 años, habida consideración que nació el 10 de mayo de 1964 (f. 02 Archivo 02 ED), y de otro lado, de acuerdo al cómputo de semanas efectuado por la Sala, con base en la historia laboral aportada (f. 57 a 60 Archivo 02 ED), para el 1º de abril de 1994, la promotora de la acción tenía en su haber solo 489,14 semanas cotizadas, que representan menos de los 15 años (771,42 semanas SL1123-2021) exigidos el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho necesario para acceder al beneficio del régimen de transición.

Tenemos entonces, que la señora **MARÍA VICTORIA MARTÍNEZ DE FELIPE** cumplió los 57 años de edad el 10 de mayo de 2021, y alcanzó la densidad de 1300 semanas de cotización, para el 11 de febrero de 2011, acumulando a corte del 31 de mayo de 2021 un total de 1829,86 semanas (f. 29 a 41 Archivo 07 ED), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, motivo por el que, como bien lo anotó la Juzgadora de primer grado, la demandante tiene causado su derecho a la pensión de vejez.

Sobre la efectividad del derecho, de la respuesta emanada por **SKANDIA**, se observa que la demandante se encuentra efectuando cotizaciones (Archivo 07 ED), circunstancia que incluso aceptó en su interrogatorio (Min. 13:44 a 47:18 Archivo 21 ED), acertando la Juez de primer grado al concluir, entonces, que el disfrute del derecho surge a partir del desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual procedía impartir a la entidad la orden tendiente a que proceda a reconocer y pagar la pensión en favor de la accionante, en los términos de la Ley 797 de 2003, liquidada bajo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos (2) ofrecidas por esta disposición (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

Dicha postura, esto es, la disposición del otorgamiento pensional en las condiciones anotadas ha sido avalada por la Sala de Casación Laboral en el extenso de sus pronunciamientos, y recientemente en la sentencia SL3896-2022.

En virtud de lo anterior, resulta obvio que no hay lugar a retroactivo e intereses de mora, perseguidos por la demandante, tal como quedó definido en la sentencia de estudiada.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primer grado en cuanto a la obligación de las AFP **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**, así como la indexación de varios conceptos a devolver por los fondos demandados, revocándose igualmente el inciso segundo de dicho ordinal. Se confirma en lo demás la decisión. Las costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMMLV a cargo de cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia 186 del 9 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **PRECISAR** que, la obligación a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** concierne a la devolución de los gastos de administración, lo destinado a las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales, al igual que **SKANDIA S.A.**, deberán trasladar debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el **inciso 2°** del numeral **SEGUNDO** de la sentencia enunciada, que dispuso la equivalencia de recursos entre regímenes a cargo de las administradoras RAIS, para en su lugar, relevarlas de esta específica obligación.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

CUARTO: Las **COSTAS** están a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMMLV a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA