

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Francisco Javier Vélez Lara
DEMANDADAS	Colpensiones, Protección SA, Skandia SA
RADICADO	05001310500420190052501
TEMAS	Ineficacia de traslado de régimen pensional y pensión de vejez
DECISIÓN	Revoca y confirma sentencia

Medellín, 26 de abril de 2024.

La Sala Sexta de Decisión Laboral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, mediante esta sentencia, desata los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, Protección SA y Skandia SA y el grado jurisdiccional de consulta que cobija a Colpensiones.

AUTO

Se acepta el impedimento manifestado por la magistrada María Patricia Yepes García, conforme lo establecen los artículos 140 y siguientes del CGP.

De otro lado, según el artículo 75 del CGP, se reconoce personería a la abogada Cielo Andrea Correa Martínez, portadora de la TP 145051 del CSJ, adscrita a la firma Muñoz y Escrucería SAS, para representar los intereses de Colpensiones.

Pretensiones

Solicitó el demandante que se declarara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro

individual con solidaridad (RAIS) y que siempre ha permanecido en el primer régimen, sin solución de continuidad; que se condenara a Protección a trasladar los aportes de su cuenta individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales a Colpensiones; que se ordenara esta última que reciba el valor de esos aportes y a imputarlos en su historia laboral. Finalmente, pidió que se dispusiera el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a cargo de Colpensiones, conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, liquidada conforme el artículo 21 *ibidem* más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 31 de agosto de 1955; que cumplió 62 años en 2017; que su primera afiliación al ISS data de 1984, cuando inició a laborar como médico; que ha prestado servicios en el sector público y en el privado; que, en medio del caos generado por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, un asesor de Protección lo abordó y, sin explicarle su verdadera situación pensional ni darle a conocer las ventajas y desventajas del traslado de régimen, le entregó información engañosa e incompleta, por lo que firmó el formulario de traslado el 18 de noviembre de 1996.

Sostuvo que el asesor de esa AFP le aseguró que tendría una pensión de vejez sin importar la edad y que tendría una mesada más alta que la del RPMPD. Dijo que esta vinculación estuvo viciada, ya que los móviles aducidos por el fondo partían de una tergiversación de la información pensional a su conveniencia, la que, además, fue incompleta, por lo cual calificó esa afiliación de nula.

Expresó que el 11 de mayo de 2007, Protección lo reasesoró y le informó que su mesada pensional se entregaría a los 62 años, por valor de \$1.848.204, y que en el RPMPD sería de \$468.709, lo que demuestra el engaño continuo en el que lo mantuvo, diciéndole que le era más conveniente el RAIS, con lo que perdió la posibilidad de trasladarse antes de que le faltaran menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Posteriormente, el 4 de febrero de 2009, se trasladó a Skandia SA, en donde permaneció hasta el 23 de julio de 2014, cuando retornó a Protección SA. Manifestó que ambas AFP lo mantuvieron en error al informarle que su pensión sería más alta en su régimen y que no se tendría en cuenta la edad.

Argumentó que tiene más de 1460 semanas cotizadas y que cumplió 62 años el 1 de agosto de 2017, acreditando los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario de la pensión de vejez en el RPMPD. Explicó que, para la fecha de su última cotización, en el año 2018, en este último esquema, la pensión ascendería a \$7.270.760, la que es considerablemente más alta que la del RAIS, y esa inducción a error provocó que, desde la fecha de disfrute de su pensión, ha visto disminuida su asignación de retiro, lo que altera su plan de vida y constituye un lucro cesante consolidado, que le causa un estado de preocupación y desazón, lo que traduce en un perjuicio moral.

Pese a lo anterior, solicitó la pensión en el RAIS el 25 de octubre de 2017, el 6 de diciembre de 2018 y el 15 de abril de 2019, sin obtener respuesta de fondo.

Dijo que el engaño lo obligó a celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales para recuperar la diferencia de la mesada pensional, pactando unos honorarios del 30% de las resultas del proceso, lo que constituye un daño emergente. Por último, anunció que presentó reclamo administrativo ante Colpensiones por las mismas pretensiones de su demanda.

Contestaciones

Protección SA manifestó que es cierta la fecha de nacimiento del actor, la reasesoría que le proporcionó y las varias solicitudes de pensión de vejez. Negó que hubiera faltado a su deber de información, que hubiese inducido a error al actor, que su afiliación fuera nula, y los perjuicios que adujo. Sobre los demás hechos manifestó que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones (SGP), 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la innominada.

Skandia SA dijo que es cierta la fecha de nacimiento del actor y los traslados entre las AFP; desestimó que no se haya brindado asesoría al actor y que se le haya hecho incurrir en error y aseguró que no es un hecho lo relacionado con el derecho a la pensión de vejez. Sobre los demás hechos, indicó que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones que recayeran sobre esta AFP y propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago.

Colpensiones, sobre los hechos de la demanda, aceptó la edad del actor y los traslados entre los fondos privados. Indicó que no aceptaba el supuesto derecho a la pensión de vejez, ni el agotamiento del requisito de procedibilidad. Sobre el resto del fundamento fáctico, manifestó que no le constaba.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó imposibilidad de traslado de régimen, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, devolución de cuotas de administración, prescripción, equivalencia del ahorro e imposibilidad de condena en costas.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia proferida el 17 de enero de 2023 (Archivo12 Min 1:16:28) declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, administrado por Protección SA, el 18 de noviembre de 1996, y las posteriores transferencias a Skandia SA, el 4 de febrero de 2009, y, nuevamente, a Protección, el 23 de julio de 2014. En consecuencia, dejó incólume su afiliación a Colpensiones, en el entendido de que el actor estuvo afiliado de manera ininterrumpida a este régimen.

Le ordenó a Protección SA la devolución a Colpensiones de todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, aportes y rendimientos financieros. Además, los gastos o comisiones de administración, los pagos de seguro y reaseguro y los destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sin descontar valor alguno, debidamente indexados y con cargo al patrimonio de la entidad, en el término de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, acompañados de los documentos que acrediten ciclos, valores y demás detalles importantes para Colpensiones, entidad que debía recibir esos recursos a satisfacción y equivalencia.

A Skandia SA le ordenó retornar a Colpensiones los valores causados durante los periodos de vinculación correspondientes a gastos o comisiones de administración, los pagos de seguro y reaseguro, los pagos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Dispuso que esa transferencia debía hacerse a satisfacción y equivalencia dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, acompañados de los documentos que acrediten ciclos, valores y demás detalles importantes y relevantes para Colpensiones. Ordenó a esta última que recibiera todos los valores puntualizados, que reactivara la afiliación del demandante en el RPMPD, brindándole todas las garantías propias de tal afiliación y que actualizara la historia laboral de aportes, sin pérdida de continuidad.

Como medida cautelar, decretó que Colpensiones no podría negar el reconocimiento pensional al demandante aduciendo la ausencia de los valores o documentos remitidos por las AFP del RAIS.

Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión vitalicia de vejez al actor, de conformidad con los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003; la hizo efectiva a partir del 1 de julio de 2018, en cuantía de \$7.688.119, a razón de 13 mesadas anuales. El retroactivo, calculado del 1 de julio de 2018 al 30 de enero de 2023, lo fijó en \$497.623.813. A partir del 1 de febrero de 2023, determinó que Colpensiones debía continuar pagando la mesada pensional por valor de \$9.996.200, sin perjuicio de los aumentos anuales. Asimismo, autorizó a Colpensiones a efectuar los descuentos en salud.

Desestimó las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección SA a favor del iniciador del proceso.

Como fundamento de su decisión precisó que la administradora del RAIS era la encargada de brindar toda la información necesaria, clara, veraz y oportuna al demandante, con el fin de darle conocimiento previo a la toma de la decisión de traslado de régimen, de modo que esta fuese consciente y libre. Consideró que, en esos términos, la libertad de escogencia se hace de manera responsable. Sobre los perjuicios, indicó que no había lugar a aceptarlos, ya que se subsanan con el retorno al RPMPD.

En cuanto a la pensión (minuto 52:00), indicó que el actor colma los requisitos para acceder a esta, ya que cumplió la edad en 2017 y la densidad de semanas dispuestas en la Ley 797 de 2003, esto es, 1460. Por ende, declaró que el derecho estaba cargo de Colpensiones a partir del 1 de julio de 2018.

En cuanto a los intereses de mora, sostuvo que se causan en caso de retardo en el pago de mesadas y que, en este caso, Colpensiones no ha incurrido en mora, por lo que concedió la indexación.

Apelación

Protección SA planteó su oposición parcial a la decisión, en cuanto a la condena por indexación de los conceptos a trasladar a Colpensiones

con cargo a su propio patrimonio, ya que estos han generado unos rendimientos financieros a lo largo de su afiliación, por lo que se encuentran actualizados e indexarlos constituiría un enriquecimiento sin causa, lo que estima que generaría una doble condena.

Skandia SA, apeló el fallo en cuanto la condenó a la devolución de gastos de administración, primas de seguro previsional, porcentaje del FGPM, y la actualización de esos valores, con cargo a los propios recursos de la AFP. Argumentó que la Ley 100 de 1993 creó el RAIS y las responsabilidades de las AFP y que el artículo 20 de esa ley y el 36 del Decreto 692 de 1994 indicaron la destinación específica de los porcentajes de las cotizaciones. Manifestó que, teniendo en cuenta todo el despliegue que debe hacer la AFP en ejercicio de sus funciones para administrar los recursos, y pese a que la ineficacia de la afiliación implica volver las cosas a su estado anterior, debía hacerse una ponderación, teniendo en cuenta las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe con la que obró, por lo que señaló que ordenar la restitución de los gastos de administración vulnera esos principios, ya que Skandia cumplió con los deberes legales en cuanto a destinación y pagos, con fondos que ya no se encuentran en su poder, por lo que no es posible devolverlos.

En cuanto a los seguros de invalidez y sobrevivencia, dijo que tampoco es viable devolverlos, ya que, mientras el actor estuvo afiliado a esta AFP, tuvo cobertura por estos riesgos, en razón de que fueron pagadas las respectivas pólizas, por tanto, estos dineros no yacen en las arcas de esta AFP.

Sobre la indexación expuso su improcedencia de acuerdo a las sentencias CSJ SL161-2010 y CSJ SL9316-2016. De acuerdo a ello, recordó que las AFP tienen la obligación de garantizar una renta mínima y señaló que los aportes siempre han generado rendimientos, por lo que ese hecho es incompatible con la indexación.

Colpensiones, por su parte, expuso que no es dable declarar la ineficacia ya que los actos de afiliación cumplieron con los requisitos

de fondo y de forma para ser válidos y los vicios del consentimiento no fueron probados.

Dijo que le actor nació el 31 de agosto de 1955 y que cumplió 64 años para la fecha de presentación de la demanda, por lo que no es válido su traslado, según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Recalcó que las AFP cumplieron con su deber de información y que debía protegerse la sostenibilidad financiera del sistema. Además, el actor se trasladó a varios fondos del RAIS, de modo que convalidó su voluntad de permanecer en este. Señaló que la motivación para el traslado del actor era la mesada pensional baja, lo que no es una razón válida para declarar que no se cumplió con el deber de información.

En cuanto a la pensión de vejez del actor, sostuvo que el reconocimiento dependía del retorno efectivo de los saldos de la cuenta de ahorro individual y que debía darse a Colpensiones el término legal para su reconocimiento, que es de 4 meses.

Solicitó la revocatoria de la sentencia y la total absolución de esta entidad.

Alegatos

El demandante solicitó que se confirme la sentencia, ya que su afiliación al RAIS fue ineficaz por falta de un consentimiento informado.

Colpensiones sostuvo, respecto de los medios de prueba, que con la demanda no se aportan documentos para probar el vicio del consentimiento de la afiliada respecto del traslado. Insiste en la carga dinámica e inversión de la prueba en un proceso que exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal. Bajo estas circunstancias alega que el principio «quien alega debe probar» cede su lugar al que reza «quien puede debe probar». Para ese efecto citó la CC T-086 de 2016.

Afirmó que no pueden desconocerse las situaciones que rodean cada caso y que, de alguna manera, le permitían a la demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo. Arguyó que el actor, al evidenciar actos de convalidación, reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el RAIS, según la sentencia CSJ SL413-2018.

Explicó los momentos y las exigencias de cada etapa en cuanto a lo exigido frente al deber de información, indicando que la AFP siempre había cumplido con este.

Sostuvo que se debe acreditar que la AFP incumplió en la etapa precontractual con la obligación de brindarle la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y, en esa medida, aplicar el artículo 1604 del CC, pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa en tal incumplimiento.

Trajo a colación la sentencia CC C-789 de 2002, donde la Corte Constitucional resolvió la demanda presentada por un ciudadano contra los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En la sentencia, la Corte precisó el alcance de derechos adquiridos y meras expectativas en materia pensional, indicando que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino «apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad». En esta misma línea mencionó la sentencia CC T- 489 de 2010. Concluyó que Colpensiones no incumplió ningún mandato constitucional, legal o reglamentario, pues, por el contrario, permitió el libre tránsito de afiliados entre regímenes pensionales.

Expresó su desacuerdo con la medida cautelar impuesta a Colpensiones y la obligación de pagar pensión de vejez al demandante, ya que lo discutido en el proceso fue la nulidad y/o ineficacia del traslado. Reafirmó que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, Colpensiones cuenta con 4 meses para estudiar la prestación,

una vez reciba a plena satisfacción y equivalencia todos los aportes del RAIS, ya que, si bien obra en el expediente reclamación administrativa, esta no puede verse como un simple formalismo, sino que la entidad debe pronunciarse de fondo, toda vez que, al momento de radicar dicha reclamación, la entidad no conocía la historia laboral del actor.

Solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y la absolución de las condenas impuestas, pues Colpensiones actuó conforme a la legalidad.

Skandia SA, en sus alegatos, expone similares razones a las del recurso de apelación. Solicitó que se revoque parcialmente la sentencia, específicamente en cuanto a la devolución a Colpensiones de los valores descontados al demandante por concepto de gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes indexados y con recursos propios. Indicó que, en el RAIS, los aportes de los afiliados tienen, además del porcentaje con destino a la cuenta de ahorro individual, otro dedicado a los gastos de administración, a la prima de reaseguros de Fogafín y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Mencionó que los gastos de administración a los que tiene derecho una administradora encuentran su origen en la Ley 100 de 1993, que creó las AFP con un objeto y causa lícitos y con la exigencia del cumplimiento de una serie de deberes en beneficio del afiliado, uno de los cuales es la correcta administración de su patrimonio e inversiones, para que este genere un rendimiento que es el que le va a beneficiar al momento de pensionarse, de manera tal que esa actividad profesional lícita, es la que es compensada por la ley, dándole a la AFP, a cambio de ese esfuerzo, el derecho a cobrar dichos emolumentos, pues son sociedades anónimas con ánimo de lucro, por lo que resulta improcedente generar el traslado por estos conceptos.

Afirmó que dicha devolución crea un perjuicio económico para la AFP, ya que, desde el año 2009, se hizo efectiva la afiliación del demandante a Protección y se gestionó la administración de su cuenta de forma efectiva, lo que permitió generar unos rendimientos en el ahorro

individual del actor, según se indicó con el estado de cuenta que se aportó en la respuesta a la demanda, hasta el año 2014. Dijo que tales recursos ya no se encuentran en las arcas de esta AFP, por consiguiente, el tener que hacer una devolución de dichos dineros desde la fecha indicada por el fallador de primera instancia, implicaría que los tomara de su propio patrimonio, generándole entonces un perjuicio económico.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, por medio de la AFP Protección, el 18 de noviembre de 1996, como consta en el certificado de afiliación de folio 29 (PDF 01).

El problema jurídico a cargo de esta corporación consiste en determinar si es ineficaz el traslado de régimen pensional de Francisco Javier Vélez Lara contra Protección SA y, consecuentemente, en caso de proceder la declaratoria de ineficacia, se deberán analizar los conceptos a devolver por el fondo privado y si opera la excepción de prescripción; esto, por virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, que también habilita el estudio de la viabilidad de la pensión de vejez a su cargo.

Acto jurídico de afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

Para comenzar, la sala hará un recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que estructura el tema. Inicialmente, advirtió esa corporación que: (i) el traslado de régimen debe estar precedido de toda la información relevante para la toma de la decisión; (ii) es necesario que el fondo de pensiones proporcione, a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y las posibles consecuencias futuras; (iii) la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que

permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios; y (iv) el Estatuto Financiero de la época, en los artículos 97 y siguientes, consagró que las administradoras debían obrar, no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe, por lo que se sanciona la falta de información relevante.

Más adelante, precisó: (i) que es deber de las administradoras de pensiones brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; ii) que la información debe ser completa y comprensible y debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar, incluso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica; y (iii) que la carga de la prueba de que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, según las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, así: (i) desde la fundación de las AFP; (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, incorporado en el Decreto 2555 de 2010; y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, del Decreto 2071 de 2015 y de la Circular 16 de 2016, que señala instrucciones generales de remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación que ahora se adopta tiene como soporte, entre otras, las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL12136-2014; CSJ SL9519-2015; CSJ SL19447-2017; CSJ SL3496-2018; CSJ SL1421-2019; CSJ SL4426-2019, CSJ STL3716-2020; CSJ STL4001-2020; CSJ STL4084-2020; CSJ SL2611-2020; CSJ SL1217-2021, y CSJ SL445-2022.

Ahora, sobre la carga de la prueba, se recuerda la sentencia CSJ SL4426-2019, en la cual la corte expuso los motivos por los cuales las

administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que el afiliado presenta una negación indeterminada —la de que no recibió información— y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia; además, la AFP está en una mejor posición de ilustrar el punto, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado y, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que, a través de sus asesores, haga conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que acarrea la elección del régimen ofrecido.

Sobre esa base, se concluye que las afirmaciones del demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por Protección SA, sociedad a la que inicialmente se vinculó en el RAIS. Esa AFP allegó el formulario de traslado al proceso, suscrito el 18 de noviembre de 1996, como consta en el certificado de afiliación de folio 29 del PDF 01, además, los formularios de Skandia, donde se afilió el 4 de febrero de 2009 (folio 31) y su retorno a Protección el 1 de septiembre de 2014 (folio 33), donde consta que el actor se afilió a estas administradoras, las que indicaron en la contestación que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectuó de forma «libre, espontánea y sin presiones»; sin embargo, tales documentos no son prueba suficiente para determinar que se brindó una asesoría completa acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa prenegocial —anterior a la materialización del consentimiento—, consistía en proporcionar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado, cumplió con los imperativos profesionales de información.

En este caso tampoco se advierte confesión del actor, pues en su interrogatorio de parte (archivo11, min. 19:25) refirió que tenía 67 años, que ejercía la profesión de médico y que dejó de cotizar hace más

o menos 4 o 5 años. Respecto del momento del traslado a Protección, en el año 1996, sostuvo que laboraba en el Hospital General de Medellín, donde invitaron a los trabajadores a una reunión con un grupo grande de asesores, que les hicieron una presentación general que duró 15 o 20 minutos, informándoles que el ISS se iba a acabar; sobre la pensión, les dijeron que el número de semanas en este fondo era menor y, aun así, alcanzarían los mismos valores de pensión dados por el Seguro Social; que era un sistema de ahorro donde se podría pensionar, incluso con una edad menor; no le indicaron ninguna desventaja, solo ventajas. Retornó a Protección porque un asesor le dijo que tenían los mejores rendimientos del mercado.

Expresó que no se trasladó porque en Protección le dijeron, 2 años antes, que era más beneficioso para él quedarse en ese fondo; que se afilió de manera libre y voluntaria; que quiere retornar a Colpensiones porque en los últimos años, cuando todos sus amigos y compañeros comenzaron a pensionarse, vieron que la diferencia era significativa respecto de las prestaciones de Colpensiones, por lo que evidenciaron que eran víctimas de un engaño, ya que no les cumplieron lo prometido; nunca se acercó a Colpensiones a preguntar nada, ya que solo trabajaba y se vino a preocupar por el tema pensional con el tiempo.

En cuanto al traslado a Skandia, en el 2009, dijo que un compañero le recomendó una asesora que le ofreció unos seguros y mejores rendimientos; que firmó libre y voluntariamente el formulario y que, si bien le llegaban los extractos, no les prestaba mucha atención.

Es importante advertir que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales acogidos por esta sala corresponden a casos de afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasarse por alto que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal, y ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carece de vida jurídica y, por tanto, no produce efectos. Al efecto, la sentencia CSJ SL4360-2019 indicó que «la sanción

impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado». Por tal razón no es procedente analizar este caso bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en lo que respecta al traslado de régimen cuando a un afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Como ya se mencionó, el alto tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo (sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL4426-2019). En el evento estudiado, el actor se trasladó al RAIS en 1996, lo que se corresponde con el primer momento indicado, por lo que, según lo expresado en la sentencia CSJ SL1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es categórica la sentencia CSJ SL782-2021, en la cual se indicó que se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Entonces, se observa que las demandadas no cumplieron con la carga de probar que realizaron una asesoría clara, detallada y concreta en relación con la situación particular, en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, lo que genera como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al RPMPD, por lo que se confirmará la providencia de primera instancia en cuanto a ese aspecto.

Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por los fondos privados

Ahora, con relación a los valores a devolver por el fondo privado, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que, al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional.

Lo anterior implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a Colpensiones: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.

De igual forma, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen que recupera al afiliado, pues debe garantizarse que Colpensiones reciba una suma equivalente a la que correspondería con rendimientos financieros, en caso de que no se hubiera surtido el traslado. Además, es claro que en la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que, como se dijo, no pueden ser inferiores al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el actor hubiere permanecido bajo la administración de Colpensiones. Igualmente, en la sentencia CSJ SL3464-2019 se expuso:

La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Así pues, es necesario dejar claros algunos aspectos en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia. En este sentido la Sala, a partir del precedente jurisprudencial, ha identificado los siguientes conceptos:

1. Capital ahorrado: Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. Rendimientos: En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Gastos de administración³: Concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos rubros por parte de las administradoras del RAIS a Colpensiones, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha encontrado dos razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019.

³ Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, se recuerda la necesidad de que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y se entreguen debidamente indexados⁶, a efectos de que el dinero no pierda su capacidad adquisitiva, sin que ello resulte incompatible con la devolución de los rendimientos restituidos, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil.

4. Aportes al fondo de garantía de pensión mínima: El pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Bajo los anteriores desarrollos, se confirmará la sentencia objeto de revisión.

Excepción de prescripción

Las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL373-2021 y CSJ SL4062-2021 señalan que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. Dicha postura la comparte esta sala por lo que no está llamada a prosperar la excepción en estudio.

Debe dejarse claro que los conceptos a devolver por el fondo privado corresponden a sumas que están deben constituir el capital indispensable para la consolidación y financiación de una posible prestación; en consecuencia, están ligados de manera indisoluble al estatus de pensionado, aspecto por el cual tampoco pueden estar

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

sometidos a prescripción, como se señaló en la sentencia CSJ SL1473-2021.

Finalmente, en lo que respecta a la medida cautelar dispuesta por el juez de conocimiento, consistente en que Colpensiones no podría abstenerse de reconocer la pensión de vejez a la demandante argumentando la ausencia de los valores provenientes del RAIS a su satisfacción y equivalencia, debe indicarse por la sala que, aun cuando se entiende que lo pretendido busca garantizar sin dilaciones el derecho a una pensión, lo cierto es que parte del desconocimiento del principio de estabilidad financiera del sistema de pensiones, previsto en el artículo 48 de la CP, en la medida en que, para este momento, la entidad que administra el RPMPD carece de cualquier tipo de recurso económico asociado a la afiliación del demandante, lo que implica que no resulta equiparable la previsión de que trata el inciso final del parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En torno a este aspecto, la Sala Tercera de Decisión Laboral de este tribunal, en decisión emitida dentro de asunto conocido bajo radicado único nacional 05001-31-05-004-2019-00416-01, indicó:

En último lugar, y en punto del recurso de apelación, planteado por el apoderado judicial de COLPENSIONES, debe decirse que, le asiste razón, en cuanto a lo improcedente de la orden emitida por el A quo, relativa a que, previa solicitud de la demandante, reconozca la pensión que resulte procedente, sin necesidad de verificar el traslado de la información y los rubros que se le ordenó realizar a los fondos privado con destino al RPMPD, pues lo pertinente es que, cuando las AFP COLFONDOS y PORVENIR, con las cuales se generó la ineficacia estudiada, hubieren remitido todos los valores ya detallados con los cuales se procedería a financiar esta prestación, la primera ya cuente con los insumos, entiéndase, información de cotizaciones y recursos, y con base en ello, proceda a materializar el reconocimiento de la prestación a que hubiere lugar.

Lo anterior, porque pese a que la afiliada no debe asumir las consecuencias de las gestiones administrativas para el otorgamiento de los derechos pensionales, no es dable imponer a la administradora de prima media, cargas que no se derivan de conductas desplegadas por la entidad, quien como tercero de la Litis, recibirá los valores que traslade las AFP, para que una vez materializada esta acción y realizada la reclamación de la demandante, proceda con el correspondiente reconocimiento prestacional.

A este respecto, resáltese que, en reciente Jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha dado a entender que, en esta clase de procesos, específicamente cuando se ventila el reconocimiento pensional, dicho acto debe ser consecuente o seguido del previo

traslado de recursos e información por parte del fondo de pensiones administrador del RAIS. Así quedó puntualizado en Sentencia SL2037-2022 en la que se dispuso:

“(…) Por lo dicho, se revocará el fallo del a quo y, en su lugar, se declarará ineficaz el traslado a Protección S.A. Se ordenará trasladar a Colpensiones, los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados al actor, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes del afiliado, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que, **una vez reciba los dineros**, actualice la historia laboral de Melba Azucena Rincón Morales y active su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. Así mismo, que le conceda la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2016, en los términos expuestos. Se declaran no probadas las excepciones. (...). (Negrilla propia del texto).

En razón del criterio citado, se estima que no es posible mantener la medida cautelar dispuesta en primera instancia. Sin embargo, las accionadas están en el deber de proceder, en forma inmediata, con el cumplimiento de lo ordenado en la decisión judicial revisada, una vez alcance firmeza. Por lo anterior, se revocará la medida previa bajo examen.

En cuanto al reconocimiento pensional, se tiene que el demandante nació el 31 de agosto de 1955, conforme a la copia de su cédula de ciudadanía y al registro civil de nacimiento (PDF01, folios 19, 21) por lo que en la misma fecha de 2017 cumplió 62 años.

Además, el 27 de septiembre de 2017, esta AFP certificó que el actor acumulaba ya 278,57 semanas en otros fondos y 818,43 en Protección (folios 41 y 383). También se conoce que laboró en el sector público, en la DSSA, del 17 de septiembre de 1982 al 17 de septiembre de 1983; en el ISS, en varios periodos: del 1 de mayo al 30 de junio de 1984, del 16 de agosto de 1984 al 28 de febrero de 1985 (folio 379), en mayo de 1985 y del 1 de julio al 16 de agosto de 1985; en Metrosalud, del 1 de enero al 7 de julio de 1991 (folio 84); en el Hospital General de Medellín, del 1 de julio de 1991 al 1 de enero de 2005 (folio 93), para un total de 1636 semanas, esto es, más de las 1460 determinadas por el juez, de modo que cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, como se indicó

en la sentencia de instancia. Teniendo en cuenta que no recibe pensión a cargo de Protección SA, es viable el reconocimiento de la que debe correr a cargo de Colpensiones.

En cuanto a la liquidación, la sala la revisó, determinando que se efectuó de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este último, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, prestación que se disfrutará desde el 1 de julio de 2018, como lo indicó el juez. Sin embargo, esta sala determinó un valor un poco más alto, no siendo posible modificarlo en razón de que este ítem se revisa en virtud de la consulta a favor de Colpensiones y que el demandante estuvo de acuerdo con dicho valor.

El retroactivo, actualizado a la fecha de la presente decisión, arroja un valor de \$661.273.631, como se observa en el siguiente cuadro, por lo que se modificará la providencia en este sentido. Aclarando, además, que la mesada para esta calenda corresponde a \$10.923.849.

AÑO	IBL	MONTO	# MESADAS	TOTAL
2018	3,18%	\$ 7.688.119	7	\$ 53.816.833
2019	3,80%	\$ 7.932.601	13	\$ 103.123.815
2020	1,61%	\$ 8.234.040	13	\$ 107.042.520
2021	5,62%	\$ 8.366.608	13	\$ 108.765.905
2022	13,12%	\$ 8.836.811	13	\$ 114.878.549
2023	9,28%	\$ 9.996.201	13	\$ 129.950.614
2024		\$ 10.923.849	4	\$ 43.695.394
TOTAL				\$ 661.273.631

Así las cosas, se revocará, modificará y confirmará la sentencia revisada en los términos especificados.

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo dijo el juez. Costas en esta instancia a cargo de Protección SA. Se fijan agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la medida cautelar ordenada en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, objeto de apelación y consulta.

SEGUNDO: Modificar el valor del retroactivo pensional reconocido entre el 1 de julio de 2018 y el 30 de abril de 2024, determinando que asciende a \$661.273.631 y que la mesada pensional para la fecha de esta sentencia corresponde a \$10.923.849.

TERCERO: Confirmar la sentencia en lo demás.

CUARTO: Condenar en costas en esta instancia a Protección SA. Se fijan agencias en derecho en la suma de un SMLMV.

La presente providencia se notifica por edicto.

Los magistrados,



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA
(Con impedimento aceptado)



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ