

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN - Las AFP deben demostrar que suministraron información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que el afiliado plantea una negación indeterminada —la de que no recibió información— y es la administradora quien debe probar que cumplió con sus deberes en esa materia. / **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** - La ineficacia es el resultado del incumplimiento respecto de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el transcurso del tiempo no impide el retorno al estado previo a la suscripción del formulario de traslado al RAIS. /

HECHOS: Pretende el demandante se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), de modo que, para efectos pensionales, se entendiera que siempre ha estado afiliada al primero. También pidió que se obligara a Porvenir o a Colfondos a devolverle a Colpensiones todos los aportes obligatorios y rendimientos financieros que recibieron durante el tiempo que cotizaba en esas AFP, así como el pago de la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumpla los requisitos de la Ley 797 de 2003, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación. El juez de instancia acogió las pretensiones de la demanda y dispuso, como medida cautelar, que Colpensiones no podría negar el reconocimiento pensional al demandante, aduciendo que no había recibido los valores o documentos del RAIS a su satisfacción y equivalencia. La apoderada de Porvenir S.A. solicita revocar la decisión del juez, argumentando que los traslados de la accionante fueron válidos, ya que estuvieron precedidos de la debida asesoría, por tanto, estima que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia deprecada. Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Sala consiste en determinar si es ineficaz el aludido traslado y, de ser así, si se han de redefinir los recursos que debería devolver el fondo privado, y si operó la excepción de prescripción, así como lo relativo a la pensión de vejez, estos últimos puntos, por vía del grado jurisdiccional de consulta que cobija a Colpensiones, según el artículo 69 del CPTSS.

TESIS: (...) 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 caso presente, la actora se trasladó al RAIS en 1995, lo que corresponde al primer momento descrito, por lo que, según lo expresa la sentencia CSJ SL1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente. Sobre dicha carga, en la providencia CSJ SL782-2021 se indicó que se debe declarar la ineficacia bajo estas condiciones: *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.* (...) En ese orden, se encuentra que Porvenir no acreditó que la asesoría ofrecida fuese suficiente, clara, detallada y concreta en relación con la situación particular de la actora, en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, por tanto, ese primer traslado resulta ineficaz, lo que acarrea que la vinculación válida es la efectuada al RPMPD. (...) Lo anterior implica que la AFP que dio lugar al tránsito defectuoso, 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 dado el origen del acto ineficaz estos recursos debieron ingresar al régimen administrado por Colpensiones. (...) 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 no haber recibido los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia, debe indicarse que, aun cuando se entiende que lo ordenado por el juez busca garantizar sin dilaciones el derecho a una pensión, lo cierto es que esa decisión parte del desconocimiento del principio de estabilidad financiera del sistema de pensiones, previsto en el artículo 48 de la CP, en la medida que, para este momento, la entidad que administra el RPMPD carece de cualquier tipo de recurso económico correspondiente a la demandante, lo que implica que no resulta equiparable la previsión del inciso final del parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. (...) Conforme a lo anterior, estima la sala que no es posible mantener la medida cautelar dispuesta en primera instancia por lo anterior, se revocará tal determinación. Pese a ello, se advierte que las entidades demandadas deben proceder en forma inmediata con el cumplimiento de los demás puntos ordenados por el juzgado de instancia, que quedan incólumes, una vez la decisión alcance firmeza. (...) Ahora, advierte la Sala que la liquidación de la prestación se efectuará de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. La prestación se disfrutará desde el retiro del servicio, según el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 (al respecto, también puede verse la sentencia CSJ SL2636-2022). (...)

M.P. HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

FECHA: 26/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	María Cecilia Villa Alzate
DEMANDADAS	Colpensiones, Porvenir SA y Colfondos SA
RADICADO	05001310500420180082801
TEMA	Ineficacia de traslado de régimen pensional
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 el recurso de apelación propuesto por Porvenir 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 las abogadas María José Otero Martínez, portadora de la TP 242503 del CSJ, adscrita a la firma Muñoz y Escrucería SAS, y Paola Carolina García Pinto, con TP 328105 del CSJ, adscrita a Gómez Meza & Asociados SAS, para representar los intereses de Colpensiones y de Colfondos SA, respectivamente, según los poderes conferidos.

Pretensiones

La demandante solicitó que se declarara la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS), de modo que, para efectos

pensionales, se entendiera que siempre ha estado afiliada al primero. También pidió que se obligara a Porvenir o a Colfondos a devolverle a Colpensiones todos los aportes obligatorios y rendimientos financieros que recibieron durante el tiempo que cotizaba en esas AFP, así como el pago de la pensión de vejez a partir de la fecha en que cumpla los requisitos de la Ley 797 de 2003, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación, las costas procesales y lo probado *ultra y extra petita*.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al ISS el 23 de septiembre de 1981; que en 1996 se trasladó a Colmena; el 26 de octubre de 2010, a Colfondos; y el 7 de octubre de 2013, a Porvenir. Dijo que las AFP omitieron su deber de información respecto de las consecuencias de su traslado del RPMPD al RAIS; que los asesores la indujeron a error y la asaltaron en su buena fe, indicándole que tendría mejor rentabilidad y una pensión más favorable que la del RPMPD, pues este iba a desaparecer con el ISS, por lo que se trasladó inicialmente a Protección y luego a los otros fondos privados.

Sostuvo que los fondos privados no cumplieron lo dispuesto en la Circular 001 de 2004, expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, al no suministrarle la información que le ayudara a escoger la mejor opción, no le hicieron proyección pensional ni le advirtieron las implicaciones del régimen de transición. Afirmó que intentó regresar al RPMPD mediante derecho de petición, que Colpensiones resolvió desfavorablemente argumentando que ejerció su derecho a la libre elección de régimen; y exigió la pensión de vejez, pero sobre este punto la entidad no le respondió.

Dijo que los fondos privados no dimensionaron el perjuicio económico que podrían causarle al cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, considerando que la proyección pensional de Porvenir arrojó una mesada de \$781.242, deficitaria, si se compara con la del RPMPD, de \$2.113.000.

Afirmó que tiene derecho a que se declare la ineficacia, al existir un perjuicio evidente causado por las AFP privadas, que incumplieron su deber de información clara y verídica sobre las consecuencias del traslado. Por último, manifestó que tiene 57 años y más de 1300 semanas cotizadas, cumpliendo con los requisitos para disfrutar la pensión de vejez según la Ley 797 de 2003.

Contestaciones

Protección SA respondió que es cierta la afiliación inicial de la actora a Colmena, hoy Protección y que el 26 de octubre de 2010 se trasladó a Colfondos. Negó el incumplimiento de su deber de información y que hubiera inducido a error a la demandante; señaló que no pudo desatender la Circular 001 de 2002, ya que, para el año del traslado, 1995, esta no existía, y explicó que no hubo perjuicio ocasionado por dicho movimiento. Añadió que Colpensiones no debe reconocer la pensión de vejez, ya que la afiliada está vinculada al RAIS. Sobre los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, traslado de aportes a Colfondos, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones; y la innominada o genérica.

Porvenir SA aceptó que hizo la proyección pensional anunciada por la demandante, pero advirtió que era falso que hubiese omitido asesorarla. Indicó que la AFP no actuó de mala fe ni con maniobras engañosas o falsas expectativas, al contrario, siempre obró conforme a la ley, brindando la asesoría debida, de modo que no causó perjuicio alguno. Indicó que no le constaban los demás hechos.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Colpensiones aseveró que no era cierto que estuviera a su cargo la pensión de vejez de la actora. Agregó que no le constaban los hechos y se opuso a sus pretensiones. Enarboló, como excepciones de mérito, las de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de pagar la pensión de vejez al demandante bajo el régimen de transición, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, ausencia de causa para pedir, prescripción y compensación.

Colfondos SA observó que no es cierto que, cuando la accionante se trasladó a esta AFP, se hubiera dejado de entregar asesoría idónea y especializada. Además, pidió aplicar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ya que consideró que la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Sobre los demás hechos dijo que los desconocía

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia proferida el 25 de abril de 2023, (PDF24 Min 1:06:15) declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, administrado por Porvenir, el 7 de febrero de 1995, y los movimientos posteriores realizados a Protección, Colfondos y Porvenir. En consecuencia, dejó incólume su afiliación a Colpensiones, sin solución de continuidad.

Ordenó a Porvenir que, en virtud de la declaratoria de traslado, retorne a Colpensiones, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa providencia, todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, aportes, cotizaciones y rendimientos financieros en su totalidad, gastos o comisiones de

administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía mínima, sin descontar valor alguno, debidamente indexados y con cargo al propio patrimonio de la entidad. Dispuso que esa transferencia se acompañara de los documentos que acrediten ciclos, valores y demás detalles importantes y relevantes para Colpensiones.

Condenó a las AFP Protección y Colfondos a retornar a Colpensiones, a satisfacción de esta, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de la decisión, los valores causados durante los periodos de vinculación o afiliación correspondientes a gastos o comisiones de administración, pagos de seguro y reaseguro, pagos destinados al fondo de pensión de garantía mínima, debidamente indexados, y con cargo al patrimonio de la entidad. Además, dispuso que los acompañaran de los documentos que acrediten ciclos, valores y demás detalles importantes para Colpensiones.

A Colpensiones le ordenó recibir todos esos recursos y continuar con la afiliación de la demandante en el RPMPD, brindando todas las garantías de ese estado. Además, le impuso la actualización de la historia laboral, sin interrupciones.

Dispuso, como medida cautelar, que Colpensiones no podría negar el reconocimiento pensional al demandante, aduciendo que no había recibido los valores o documentos del RAIS a su satisfacción y equivalencia.

Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la actora, calculando su monto con base en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003 y sumando tiempos públicos y privados, una vez se acredite la novedad de retiro del sistema. Estableció que la pensión sería vitalicia, con 13 mesadas anuales, con la obligación de la afiliación al sistema de salud y descuentos obligatorios a partir de su exigibilidad. Dispuso que, en caso de generarse valores retroactivos, procedía su indexación.

Desestimó las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir SA a favor del demandante.

Como argumento de su decisión, precisó que la administradora del RAIS debía brindarle la información necesaria, clara, veraz y oportuna a la afiliada, con el fin de que adquiriera conocimiento para tomar la decisión de traslado de régimen, de modo que este fuera consciente, libre y responsable.

En cuanto a la pensión (min. 49:50), indicó que la actora tenía los requisitos para acceder a la prestación, es decir, la edad y la densidad de semanas dispuestas en la Ley 797 de 2003, ya que encontró un proceso de 2018 en el que se evidencian más de 1300 semanas cotizadas, por tanto, declaró que el derecho estaba cargo del RPMPD, autorizando la suma de tiempos públicos y privados. Sin embargo, no liquidó las mesadas, ya que puntualizó que estas se causan en el momento del retiro del sistema pensional, situación que no demostró la actora.

Apelación

La apoderada de Porvenir solicita revocar la decisión del juez, argumentando que los traslados de la accionante fueron válidos, ya que estuvieron precedidos de la debida asesoría, por tanto, estima que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia deprecada, porque ella conoció las características y condiciones del RAIS, ya que estuvo en múltiples administradoras de ese régimen y, si bien existe línea jurisprudencial, esta debe aplicarse de manera diferencial, dependiendo del caso y, en este, la actora se afilió válidamente, de forma libre, voluntaria e informada. Además, los términos tan rigurosos que se reprochan a la AFP fueron impuestos posteriormente, por lo que la decisión apelada vulnera la retroactividad y la seguridad jurídica.

Asegura que, para el momento de la afiliación, no existía la obligación de informar por escrito, en tanto que los deberes de asesoría y buen consejo son posteriores a la fecha de vinculación y la única motivación para declarar la ineficacia del traslado es la diferencia del monto de la

mesada, factor que no es suficiente para deducir la omisión del deber de información. Suma a lo dicho que las formas de financiar la pensión en cada uno de los dos regímenes son diferentes.

Especifica que las sumas correspondientes a gastos de administración tienen una destinación específica, por mandato legal, regulada en el artículo 90 de la Ley 100 de 1993; un porcentaje va al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y otro, a gastos de administración, primas de Fogafin y primas de seguros de invalidez y sobrevivientes. De ello, deduce que estas no deben trasladarse, ya que se invirtieron según lo exige la ley, de modo que la AFP cumplió con el fin del aseguramiento de los riesgos. Por el contrario, pide que se dispongan restituciones mutuas, en los términos del artículo 1700 del CC.

Expuso que, si la consecuencia de la afiliación es devolver las cosas al estado en que estaban, debe pensarse que los frutos y los rendimientos no se generaron, por lo que su devolución no debe ordenarse.

Frente a la indexación, pide su revocatoria, pues con los rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual se supliría la actualización del capital acumulado por la demandante, por tanto, constituye una condena doble a cargo de Porvenir.

Para finalizar, solicita que se revoque la condena en costas, ya que siempre ha actuado de buena fe.

Alegatos

Porvenir solicita que se revoque la decisión de instancia. Argumenta que no hay razones para la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, pues la decisión fue espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos de la ley para la fecha de vinculación al RAIS. Especifica que cumplió con el deber de información establecido, para esa época, en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Señala que la demandante tuvo varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen, pero no lo hizo y, por el contrario, permaneció en el mismo esquema pensional privado. Aduce que la motivación de la parte actora para iniciar este proceso es el

carácter económico de la mesada pensional, no la forma en que se produjo el traslado y que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Resalta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso, la de desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, tal y como fue recapitulado en las sentencias CSJ SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, en consecuencia, tales cargas no existían para la época de la afiliación y mucho menos se pueden aplicar de manera retroactiva.

También avizora un incumplimiento de la parte accionante respecto del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual implica que ella no puede beneficiarse de su propia culpa o negligencia, y debe tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Sostiene que debe ser revocada la condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos por la afiliación de la demandante, si no, pide que se la exima de la indexación, ya que los efectos jurídicos causados tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es decir, que las cosas vuelvan a un estado anterior; puntualiza que dichos rendimientos no debieron existir, y precisa que una orden de trasladar los valores ordenados en el fallo de primera instancia, indexados, supondría una condena doble. Advierte que el detrimento sufrido por el valor económico de los descuentos, que se busca reponer con la indexación, se compensa con el traslado de unos rendimientos que nunca debieron surgir tras la declaratoria de ineficacia. Adiciona que esto también supondría el enriquecimiento sin justa causa de Colpensiones.

Por otro lado, argumenta que los gastos de administración tienen, por mandato legal, una destinación especificada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Así, en el presente caso, dichos descuentos han cumplido su cometido y no están en el patrimonio de la AFP, pues se dedicaron a cubrir los gastos en que se incurrió.

Manifiesta que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener, como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema pensional, tal y como lo dijo este tribunal en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019, en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP, donde decidió unificar su jurisprudencia, en el proceso 05001310500720150129501, negando las ineficacias de traslado con base en la sostenibilidad financiera del sistema.

En cuanto a la condena en costas, indica que siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado del RPMPD al RAIS y buscando el beneficio de la demandante.

Colpensiones sostiene que con la demanda no se aportó documento alguno para probar el vicio del conocimiento y asentimiento de la afiliada respecto del traslado. Expone que la carga dinámica e inversión de la prueba en un proceso judicial exige la igualdad entre las partes bajo parámetros de buena fe y lealtad procesal. Considera que el principio que reza: «quien alega debe probar» cede ante el que dice que «quien puede debe probar», al efecto, cita el fallo CC T-086 de 2016.

Expone 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. Arguye que la actora ejecutó actos de convalidación y reafirmó su voluntad genuina de permanecer en el RAIS, según la sentencia CSJ SL413-2018.

Explica los momentos y las exigencias de cada etapa frente al deber de información, indicando que la AFP siempre cumplió con este. Sostiene que se debe acreditar que esta última incumplió su obligación principal en la etapa precontractual, por no proporcionar la información adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de libertad informada y, en esa medida, aplicar el art. 1604 del CC, pues la presunción allí establecida no es el cumplimiento de la obligación sino la culpa del incumplimiento.

Acude a la sentencia CC C-789 de 2002, donde se resolvió la demanda presentada contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En esa decisión se 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, la oportunidad de obtener una pensión con base en 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, invoca la sentencia T-489 de 2010.

Concluye que Colpensiones no incumplió ningún mandato constitucional, legal o reglamentario, en tanto que permitió el libre tránsito de afiliados entre regímenes pensionales. En ese orden, solicita que sea revocada la medida cautelar impuesta. Recalca que la actora debe solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, y que, tras ello, cuenta con 4 meses para el estudio de la petición más otros 2 para el ingreso a nómina, como lo establece el art. 33 de la Ley 100 de 1993.

Para finalizar, aspira a que se revoquen todas las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia, pues actuó dentro de la legalidad.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, a través de la AFP Colmena, el 27 de diciembre de 1995, como consta en el certificado de afiliación de folio 184 (PDF 01).

Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver esta sala consiste en determinar si es ineficaz el aludido traslado y, de ser así, si se han de redefinir los recursos que debería devolver el fondo privado, y si operó la excepción de prescripción, así como lo relativo a la pensión de vejez, estos últimos puntos, por vía del grado jurisdiccional de consulta que cobija a Colpensiones, según el artículo 69 del CPTSS.

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, la referida corporación advirtió: (i) que el traslado de régimen debe estar precedido de toda la información relevante para la toma de la decisión; (ii) que 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 de dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias; (iii) que 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 efectos; y (iv) que 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, hizo estas precisiones: (i) es deber de las administradoras de pensiones informar en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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) la carga de la prueba de demostrar 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 la Circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la 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, la sentencia CSJ SL4426-2019 expuso los motivos por los cuales las AFP deben demostrar que suministraron información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que el afiliado plantea una negación indeterminada —la de que no recibió información— y es la administradora quien debe probar que cumplió con sus deberes en esa materia, además, está en una mejor posición para ilustrar ese punto, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado y, como compañía especializada, cuenta con los conocimientos para que, a través de sus asesores, los afiliados que pretende captar se enteren de los pormenores de sus situaciones pensionales y las implicaciones que acarea elegir el régimen ofrecido.

Sobre esa base, se concluye que los asertos de la demandante no fueron desvirtuados por Porvenir, sociedad a la que inicialmente se vinculó en el RAIS, según el formulario de traslado suscrito el 27 de diciembre de 1995, como consta en el certificado de afiliación del folio 184 (PDF 01). Además, aparecen los formularios de Colfondos, del 26 de octubre de 2010 (folios 68 y 349), y de Horizonte, del 20 de marzo de 2013 (folio 39), donde consta que la actora se trasladó entre estas AFP, las que indicaron, en su contestaciones, que la selección 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 fase prenegocial —la anterior a la materialización del consentimiento—, consistía en brindar información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que lo que se revisa en sede judicial es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información cualificada.

En el caso objeto de estudio, no se advierte confesión de la actora, pues en su interrogatorio de parte (archivo 23, min. 31:00) refirió, respecto del momento del traslado a Porvenir en el año 1995, que laboraba para el Municipio de Tarso y que llegaron unos asesores que abordaron a los empleados en las oficinas y les dijeron que los fondos públicos se iban a acabar y por eso estaban ofreciendo el servicio de los fondos privados; que ese era el mejor fondo, ya que presentaba muchos beneficios en cuanto a la pensión; que se podía pensionar en cualquier edad y que tenía derecho a favorecer a unos beneficiarios.

En esa misma declaración indica que no recuerda si, para esa fecha, aportaba al fondo municipal, pero sí que estuvo afiliada a Colpensiones en el primer trabajo que tuvo. Añadió que suscribió el formulario de manera libre y voluntaria y lo leyó; no les hizo preguntas a los asesores de Porvenir ni se acercó al ISS a verificar si la información de los asesores era cierta, ya que el alcalde fue quien autorizó esa visita, entonces creyó; que no le dijeron que su dinero iba a una cuenta de ahorro individual, ni que generaba rendimientos, ni las diferentes modalidades de pensión. Tampoco le entregaron una cartilla con información sobre el fondo o el régimen, ni le indicaron sobre el derecho de retracto. Por parte del ISS, dice que nunca recibió asesoría.

Explica que se trasladó a Colmena, hoy Protección, en 1995, indicando que esto lo hizo automáticamente la empresa donde laboraba porque ella no lo solicitó; no recuerda si conoció a algún asesor de ese fondo ni cuándo suscribió un documento. Sobre su afiliación a Colfondos, tampoco recuerda cuándo firmó el formulario y nunca preguntó por qué estaba en ese fondo, pero sabía que estaba vinculada porque salía

en la colilla de pago. Sobre la afiliación del 2013, cuando regresó a Porvenir, dijo que a la empresa fue un asesor diciendo que era el mejor fondo, de modo que firmó el formulario de manera voluntaria, pero que nunca le mencionaron cuál sería el monto de la mesada pensional.

Sostuvo que, al cumplir la edad, en Porvenir le explicaron que su mesada pensional sería de 1 smlmv, por lo que, en ese momento, se asesoró con un abogado. Aclara que quiere trasladarse a Colpensiones porque desea una pensión digna, acorde al salario que recibe.

Es importante advertir que, aunque la mayoría de los precedentes judiciales citados por esta sala corresponden a 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, por tanto, no produce efectos. Sobre este punto, la sentencia CSJ SL4360-2019 indica 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 el caso bajo a la luz del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre el traslado de régimen cuando a un afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir la pensión de vejez, pues este aspecto se torna irrelevante.

Por otra parte, como 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 caso presente, la actora se trasladó al RAIS en 1995, lo que corresponde al primer momento descrito, por lo que, según lo expresa la sentencia CSJ SL1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente. Sobre dicha carga, en la

providencia CSJ SL782-2021 se indicó que se debe declarar la ineficacia bajo estas condiciones:

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.

En ese orden, se encuentra que Porvenir no acreditó que la asesoría ofrecida fuese suficiente, clara, detallada y concreta en relación con la situación particular de la actora, en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, por tanto, ese primer traslado resulta ineficaz, lo que acarrea que la vinculación 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 que deben devolver los fondos privados

Sobre los valores que ha de reintegrar el fondo privado a la administradora del RPMPD, la jurisprudencia indica que debe aplicarse el 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 ineficaz de régimen pensional.

Lo anterior implica que la AFP que dio lugar al tránsito defectuoso, 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 dado el origen del acto ineficaz estos recursos debieron ingresar al régimen administrado por Colpensiones.

Tampoco se puede afectar la sostenibilidad financiera del RPMPD, 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 invalidado. Además, es claro que, según se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas que, como se dijo, no pueden ser inferiores al total del aporte legal correspondiente en caso de que la afiliada hubiese permanecido en Colpensiones.

Igualmente, es preciso recordar que en la sentencia CSJ SL3464-2019, se señaló:

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 claro cuáles conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia. En este sentido, a partir del precedente jurisprudencial, esta corporación ha identificado los siguientes conceptos:

1. Capital ahorrado: este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y, conforme lo dispone 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 *ibidem*, 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

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.

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, 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.

Se recalca la necesidad de que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y se entreguen debidamente indexados⁶ para 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, propios del RAIS, y consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no encuentran un equivalente en el RPMPD, 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 a

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.

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.

Colpensiones bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Dados los lineamientos expuestos, se confirmará la sentencia objeto de revisión, en cuanto a los conceptos que deben retornar a Colpensiones.

Excepción de prescripción

Las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL373-2021 y CSJ SL4062-2021 han señalado que la ineficacia es el resultado del incumplimiento respecto de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el transcurso del tiempo no impide el retorno al estado previo a la suscripción del formulario de traslado al RAIS. Dicha postura la comparte esta sala, por lo que no está llamada a prosperar la excepción en estudio.

Debe aclararse que los recursos que el fondo privado devolverá a Colpensiones deben integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de una posible prestación; en consecuencia, están ligados indisolublemente al estatus de pensionado, aspecto por el que tampoco pueden prescribir, 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 no haber recibido los valores del RAIS a su satisfacción y equivalencia, debe indicarse que, aun cuando se entiende que lo ordenado por el juez busca garantizar sin dilaciones el derecho a una pensión, lo cierto es que esa decisión parte del desconocimiento del principio de estabilidad financiera del sistema de pensiones, previsto en el artículo 48 de la CP, en la medida que, para este momento, la entidad que administra el RPMPD carece de cualquier tipo de recurso económico correspondiente a la demandante, lo que implica que no resulta equiparable la previsión del inciso final del parágrafo 1.º del

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.

artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En torno a este aspecto, la Sala Tercera de Decisión Laboral de esta corporación, 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. (Resaltado propio del texto).

Conforme a lo anterior, estima la sala que no es posible mantener la medida cautelar dispuesta en primera instancia, por lo anterior, se

revocará tal determinación. Pese a ello, se advierte que las entidades demandadas deben proceder en forma inmediata con el cumplimiento de los demás puntos ordenados por el juzgado de instancia, que quedan incólumes, una vez la decisión alcance firmeza.

En cuanto al reconocimiento pensional, se tiene que la demandante nació el 1 de septiembre de 1960, conforme a la copia de su cédula de ciudadanía (PDF01 folio 26), por lo que en la misma fecha del año 2017 cumplió 57 años. Además, el 6 de marzo de 2023, en respuesta a un requerimiento, Porvenir certificó que la actora tenía 1412,84 semanas aportadas (PDF19), 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 lo indicó el juez de instancia, y, teniendo en cuenta que no recibe ni ha solicitado pensión a Porvenir, es posible su reconocimiento a cargo de Colpensiones.

La liquidación de la prestación se efectuará de conformidad con los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, este, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. La prestación se disfrutará desde el retiro del servicio, según el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 (al respecto, también puede verse la sentencia CSJ SL2636-2022), ya que en el expediente figura un certificado que explica que la actora continuaba laborando para el empleador EPM (PDF01 folio 119). Lo explicado en este párrafo implica la modificación del fallo de primer grado, en el sentido de precisar que la pensión comenzará a pagarse a partir del momento en el que la demandante demuestre que ha cesado su nexo laboral con la empleadora pública, esto es, a partir del retiro del servicio.

Así las cosas, se revocará, modificará y confirmará la sentencia revisada, conforme a los lineamientos establecidos en precedencia.

Las costas procesales de la primera instancia se dejan como las dijo el juez. En esta instancia, las costas quedan a cargo de Porvenir 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 la sentencia de primer grado en cuanto se dispone que la pensión de vejez se comenzará a pagar desde la fecha siguiente a aquella en que haya operado el retiro del servicio de la accionante. Confirmar la decisión revisada en todo lo demás.

TERCERO: Condenar en costas en esta instancia a Porvenir SA. Se fijan agencias en derecho en la suma de un SMLMV. Las costas de primera instancia también se confirman.

La presente providencia se notifica por edicto.

Los magistrados,



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

MARÍA PATRICIA YEPES GARCÍA

(Con impedimento aceptado)



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ