

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-015-2020-00177-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE y ADICIONA

SENTENCIA No. 085

Medellín, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta No. 012 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, respecto de la Sentencia No. 100 del 13 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

Se reconoce personería al abogado **SEBASTIÁN ORREGO BETANCURT**, identificado con T.P. No. 278.334 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de **COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, entendiéndose válidamente afiliado y sin solución de continuidad al RPMPD. **2)** En consecuencia, solicitó ordenar a **PORVENIR S.A.** que traslade con destino a **COLPENSIONES** los aportes efectuados al RAIS, junto con los respectivos rendimientos y las cuotas de administración. **3)** Así mismo, pidió ordenar a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes del RAIS. **4)** De otro lado, deprecó ordenar a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, así como al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las sumas resultantes. **5)** Por último, reclamó condenar a **COLPENSIONES** al pago de la indemnización de perjuicios ocasionados desde la fecha del cumplimiento de requisitos pensionales, hasta el pago efectivo de la prestación.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 27 de octubre de 1956, afiliándose en pensiones al ISS desde 1976, entidad en la que permaneció hasta 1996, año en el que decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, para posteriormente, en el año 2000 pasarse a **PORVENIR S.A.**

No obstante, señaló que para el momento en que se trasladó de régimen, **COLFONDOS S.A.**, a través de un asesor, lo incitó a diligenciar el formulario sin brindarle una información suficiente, clara y oportuna sobre las consecuencias de su decisión, pues simplemente le argumentó que el ISS se acabaría, dato con el que le generó temor por la posible pérdida de sus semanas laboradas. Luego, adujo no recordar los motivos y la firma de documento alguno para trasladarse de AFP en el año 2000.

Que el 31 de octubre de 2019 la AFP **PORVENIR S.A.** efectuó proyección de lo que sería su mesada pensional, arrojando que, para el momento de alcanzar la edad de 62 años, su pensión en el RAIS sería el equivalente a la garantía de pensión mínima, mientras que, de haber permanecido en el RPMPD, la prestación llegaría a la suma de \$2.068.400

Que en virtud de lo anterior, el 28 de junio de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la autorización para retornar al RPMPD y el consecuente reconocimiento pensional, petición negada por la entidad tras considerar improcedente la anulación de su traslado (f. 1 a 25 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** resistió las pretensiones del gestor, proponiendo como excepciones las de: “(...) *IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ O NULO LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR LA PENSIÓN DE VEJEZ CON SU RESPECTIVO RETROACTIVO PENSIONAL; PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES DE MORA e INDEXACIÓN; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y BUENA FE DE COLPENSIONES (...)*” (f. 3 a 16 Archivo 12 ED).

Mediante Auto N° 1050 del 12 de agosto de 2017 el Juzgado de primer grado dispuso tener por no contestada la demanda de parte de **PORVENIR S.A.** De otro lado, en dicha providencia dispuso vincular como litisconsorte necesario a la AFP **COLFONDOS S.A.** (Archivo 18 ED).

Dentro del término otorgado, **COLFONDOS S.A.** manifestó que la vinculación de la demandante al RAIS fue el resultado de la voluntad libre y espontánea de aquella. En consecuencia, formuló como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO y COMPENSACIÓN Y PAGO (...)*” (f. 4 a 16 Archivo 22 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia N° 100 del 13 de julio de 2022, indicó:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del señor **OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía 70.085.201, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en las AFP **PORVENIR S.A.**, representada legalmente por Miguel Largacha

Martínez, o quien haga sus veces y COLFONDOS S.A., representado por Juan Manuel Trujillo Sánchez, o quien haga sus veces.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, representada por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor **OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ**, esto es, las respectivas cotizaciones, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en las pretensiones.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., de trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración indexados que le fueron descontados al demandante durante el periodo en que permaneció afiliado a dicho fondo, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas de dinero señaladas en los numerales segundo y tercero, que le sean trasladadas por COLFONDOS Y PORVENIR S.A. y a activar la afiliación del señor OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ, teniendo en cuenta todas las cotizaciones realizadas y realizando la liquidación con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, tomando el IBL que le resulte más beneficioso, bien sea el promedio de toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, y una tasa de reemplazo conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. La fecha de disfrute de la mesada pensional se otorgará a partir del momento en que acredite el retiro del sistema, junto con la mesada adicional de diciembre que en adelante se empiecen a causar.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, e indexación.

SEPTIMO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción conforme lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y las demás formuladas por las codemandadas quedan implícitamente resueltas con lo determinado. (...)”.

Gravó en costas a **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, el tema de la ineficacia del traslado ha sido un ampliamente abordado, analizado y aplicado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en la Sentencia SL1834-2022, en la cual reiteró que, con independencia de la fecha del traslado, las AFP deben brindar una verdadera orientación sobre las implicaciones del cambio de régimen, explicación que conlleve un análisis detallado a su situación, desde la órbita del buen consejo, llegando al punto de desanimar al potencial afiliado; teniendo entonces la AFP la carga de demostrar el cumplimiento de tal obligación (SL1688-2019), sin importar si el demandante es beneficiario del régimen de transición o no, está próximo a la edad de pensión, o viene con una situación consolidada.

No obstante refirió que, pese a que en el presente asunto las AFP hubieren aportado como prueba el formulario de afiliación, estos no son prueba suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, de donde colige que no lograron acreditar el suministro de una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar ineficacia del traslado realizado por este, con el compromiso de trasladar a **COLPENSIONES** todas las sumas recibidas con ocasión a la afiliación del accionante, incluso los gastos de administración recibidos por ambas AFP, sin incluir otros conceptos.

En lo que respecta a la pensión de vejez solicitada, explicó que procedía su análisis en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, concluyendo que el reclamante acredita la edad de 62 años y más de 1300 semanas cotizadas, condiciones a

partir de las cuales anotó que tenía derecho a la prestación reclamada, con la posibilidad de percibir la mesada adicional de diciembre.

No obstante señaló que, al no contar con la relación de aportes actualizada que permitiera verificar hasta cuando cotizó el actor, la entidad debía efectuar el reconocimiento con base en la totalidad de semanas cotizadas, de acuerdo con los parámetros de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, sin que hubiere lugar a fijar condena por intereses moratorios e indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la ineficacia ordenada, bajo el entendido que su representada no participó en el acto del traslado, razón por la que no la pueden afectar los efectos de la ineficacia del mismo, esto en virtud de la inoponibilidad, máxime cuando el demandante ha permanecido en el RAIS durante más de 20 años.

Añade que con lo anterior, se pretende igualmente proteger el derecho de terceros, en atención al impacto generado sobre la sostenibilidad financiera y de planeación de la reserva pensional, aspectos que considera afectados por el hecho de tener que recibir al demandante, quien está a punto de pensionarse.

Que de mantenerse la decisión, se ordene a las AFP la devolución de todos los conceptos recibidos con ocasión de la vinculación del actor, especialmente las cuotas de administración, sumas de las aseguradoras, FOGAFIN y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, esto con base en lo señalado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales hacen parte del capital destinado a financiar la eventual pensión.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, la apoderada del **DEMANDANTE** reiteró, en esencia, los argumentos esbozados en la demanda, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, en virtud del incumplimiento de los deberes en cabeza de la AFP, al materializarse el traslado de régimen, argumentos que apoyó con Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, a saber, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1217-2020 y CSJ SL373-2021 (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, el apoderado de **COLPENSIONES** señaló que, en su criterio, el traslado del demandante al RAIS cumplió con los lineamientos fijados en la Ley, vinculación que considera ratificada por el tiempo de permanencia en este régimen, periodo en el que estuvo conforme con los beneficios ofrecidos allí.

Que dentro del proceso no obra prueba de ningún tipo de coacción, insistiendo en que los traslados a las AFP fueron producto de una decisión libre y voluntaria. Por último arguyó que, debe procurarse por la sostenibilidad del sistema pensional, citando como refuerzo de sus argumentos lo señalado en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010 y SL373-2020 (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

De prosperar lo anterior, por efectos del grado jurisdiccional de consulta, se analizará si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y se validará la manera en que fue reconocida por el fallador *a-quo*, sin que haya lugar afectar el principio de consonancia, que delimita la competencia de esta instancia, habida cuenta que tal decisión no fue objeto de apelación por el demandante.

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ** nació el 27 de octubre de 1956 conforme lo muestra el Registro Civil de Nacimiento de folio 35 Archivo 03 ED.
- (ii) Que estando afiliado en pensiones al ISS, el 4 de agosto de 1994 el actor se trasladó al RAIS administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, y posteriormente, el 30 de septiembre de 1999, se cambió a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, entidad en la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 37 a 40 Archivo 03 ED y f. 17 Archivo 22 ED).
- (iii) Que el 28 de junio de 1999 el actor suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, a la par que petitionó el pago de la pensión de vejez, trámite negado por esta entidad a través de comunicado del 3 de julio de 2019 (f. 63 a 68 y 76 a 78 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

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

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

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

(CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su génesis las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL 1688-2019).

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional. La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido la Máxima Corte de casación laboral que, sola la firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho

régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente del certificado de Siafp de Asofondos que muestra la afiliación del demandante a la AFP **COLFONDOS S.A.** y COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** (f. 17 Archivo 22 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles.

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, y si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante (Min. 20:30 a 35:00 Archivo 32 ED), del este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

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

respecto del afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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

Con todo estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia, contrario a lo sostenido por la apelante, es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios efectuados a los diversos fondos privados, ello por cuanto el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al *statu quo*, lo que representa que la situación se retrotrae al estado en que se hallaría de no haberse presentado el cambio de sistema pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PORVENIR S.A.**, fondo al que está afiliado en la actualidad el reclamante, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad esbozado por su apoderada (CSJ SL2877-2022)

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, pues, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

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

En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por la Juez de primer grado, le asiste razón a la apoderada de **COLPENSIONES** en relación a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, conforme lo ha decantado la jurisprudencia especializada, por ejemplo en la Sentencia SL4609-2021, razón en virtud de la cual, habrá de revocarse parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en lo relativo a que dentro de las sumas a devolver por parte de **PORVENIR S.A.**, no se incluyan otros conceptos distintos a los descritos allí, para lo cual, se adicionará este numeral a efectos de ordenar a esa AFP que dentro de los rubros objeto de devolución a la primera, incluya lo descontado por primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también reintegrará debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.

En esa misma senda, se adicionará el numeral tercero de la sentencia a efectos de ordenar a **COLFONDOS** que igualmente proceda a la devolución de tales rubros junto a los gastos de administración ordenados en primera instancia, debidamente indexados.

Además, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En relación con el segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante lo es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tienen derecho a la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando estos alcancen los 60 años de edad, la que se incrementará a 62 años a partir de 1º de enero de 2014; y que hubieren cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se incrementaron en 50 semanas, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 semanas cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Advierte la Sala que, el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tan solo contaba con 37 años, dado que nació el 27

de octubre de 1956 (f. 35 Archivo 03 ED), y de acuerdo con la relación de aportes arrimada al expediente (f. 274 a 280 Archivo 19 ED), para el 1º de abril de 1994, el promotor de la acción tenía en su haber solo 297,13 semanas cotizadas, que representan menos de los 15 años exigidos el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (estos equivalen a 771,42 semanas - SL1123-2021), como segundo supuesto de hecho para acceder al beneficio del régimen de transición.

Así entonces tenemos que, el señor **OSVALDO ANTONIO CHANCI GONZÁLEZ** cumplió los 62 años de edad el 27 de octubre de 2018, época para la cual se exigían un mínimo de 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, las que acredita con suficiencia, como quiera que, de conformidad con el reporte de semanas emitido por **PORVENIR S.A.**, registra a corte del mes de junio de 2019 la cifra de 1.376 semanas (f. 94 a 110 Archivo 03 ED), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, motivo por el que, como bien lo anotó el Juzgador de primer grado, procedía el reconocimiento de la pensión de vejez.

Sobre la efectividad del derecho, si bien puede observarse que el demandante que en el reporte adosado al infolio se registran cotizaciones hasta el mes junio de 2019, a falta del informe actualizado que permita establecer con certeza hasta que data permaneció afiliado al sistema, acertó la Juez de primer grado al concluir entonces, que el disfrute del derecho surge a partir del desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, impartiendo a la entidad, la orden tendiente a que proceda a reconocer y pagar la pensión en favor de la accionante, en los términos de la Ley 797 de 2003, liquidada bajo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos (2) ofrecidas por esta disposición (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

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

Además vale anotar que, la falta de operación aritmética no da lugar en este caso a considerar que la condena fulminada en la sentencia no tenga la característica de ser concreta, pues, como quedó visto, la Juzgadora precisó los parámetros para materializar la orden. Así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la Sentencia SL1697-2022 en la que rememoró:

“(…) Por tanto, si bien es cierto que el sentenciador no emitió condena cuantificada en una cifra precisa y exacta, claramente determinó los parámetros para la liquidación de la prestación, lo cual está en armonía con lo adocetrinado en la sentencia CSJ SL472-2018, que recordó la providencia CSJ SL, 28 en. 2004, rad. 20561, reiterada en la CSJ SL, 9 mar. 2005, rad. 23485, en la que la Sala orientó:

La verificación de si un fallo cumple con la exigencia del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil sobre condena en concreto, tiene necesariamente que tener en cuenta lo consagrado en el artículo 491 ibídem en cuanto define que debe entenderse por suma líquida no sólo la expresada en una cifra numérica precisa sino la que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas.

De suerte que, aunque resulta deseable y de la mayor conveniencia que las sentencias laborales condenen por una cifra precisa y exacta, el hecho de que en algunas ocasiones su cuantificación haga necesaria la realización de algunas operaciones matemáticas para efectos de concretarla no es óbice para que se califique la providencia de abstracta e imprecisa, siempre que los parámetros para la liquidación aparezcan claramente determinados e identificados en el fallo respectivo. (…)

En virtud de lo anterior, resulta claro que no hay lugar al reconocimiento de los intereses perseguidos por el demandante, tal como quedó definido en la sentencia estudiada por cuanto fue solo hasta el fallo judicial que surgió el deber a cargo de **COLPENSIONES** de proceder

con el reconocimiento pensional, por lo que no se le puede endilgar una conducta omisiva que dé lugar a la remuneración moratoria.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará parcialmente y adicionará la sentencia apelada en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia dada la prosperidad del recurso presentado por **COLPENSIONES**.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 100 del 13 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en el aparte que dispone que dentro de las sumas a devolver por parte de **PORVENIR S.A.**, no se incluyan sumas distintas a los aportes, rendimientos y gastos de administración.

SEGUNDO. ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia apelada, **ORDENÁNDOSE** a la AFP **PORVENIR S.A.** que dentro de los valores a devolver a **COLPENSIONES** incluya las sumas descontadas por primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales reintegrará debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, confirmándose en lo demás este ordinal.

TERCERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la decisión estudiada, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que dentro de las sumas a devolver a **COLPENSIONES** incluya lo descontado a la demandante por primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante la afiliación de la demandante a esta entidad, los cuales reintegrará debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, confirmándose en lo demás este ordinal.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

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

SEXTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA