

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-010-2021-00274-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen. - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 260

Medellín, treinta y uno (31) de octubre 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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 037 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 2 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, teniéndose válidamente afiliada al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados en el RAIS. **3)** Seguidamente, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba tales recursos y proceda a convertirlos en semanas cotizadas. **4)** Por último, solicitó condenar a esta última entidad al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme lo estipulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 7 de julio de 2021.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 7 de julio de 1962, afiliándose en pensiones al ISS desde 1988, entidad en la que permaneció hasta 1994, cuando se trasladó a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, producto de una mala asesoría, como quiera que el asesor comercial que la atendió se limitó a indicarle que podría pensionarse antes de la edad requerida, y con un mayor valor de pensión en comparación con la ofrecida en el RPMPD.

Que si bien en el año 2009 recibió reasesoría que arrojó como resultado que percibiría a la edad de 57 años una pensión más elevada en el RPMPD, este ejercicio no fue lo suficientemente claro respecto de cuál era el fondo pensional que más le convenía, ya que, según lo manifestado por el promotor comercial de ese momento, pese a la existencia de una diferencia, esta podía desaparecer con el tiempo.

En ese sentido, expuso que de parte de la AFP demandada, se faltó al deber de transparencia y claridad en la información, lo que la hizo incurrir en contradicción y mayor desinformación, dado que ni siquiera fue clara la reasesoría recibida. Frente a lo anterior, señaló haber acudido a las instalaciones del fondo privado en el año 2019, oportunidad en la que le fue informado que su pensión sería muy inferior a la que obtendría en el RPMPD, sugiriéndose de parte del personal de esta entidad, el inicio de acciones legales, previo asesoramiento de un experto en la materia, lo que la llevó en primera medida a solicitar información a las demandadas.

Seguidamente, manifestó que la última proyección realizada por **PROTECCIÓN S.A.** mostró que en el RAIS su mesada llegaría la suma de \$920.664, mientras que, en el RPMPD, la mensualidad a recibir sería de \$2.534.158, lo que confirma la incoherencia de la información recibida en la reasesoría, pues, contrario a reducirse la diferencia entre ambos regímenes, esta se ha ido aumentando. En este punto, resaltó que para el año 1994, momento de su afiliación, la AFP no le entregó proyección económica de lo que sería su pensión en un futuro, a la par que tampoco informó la posibilidad de retracto o el tiempo límite para trasladarse nuevamente

Que, en virtud de lo anterior, reclamó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen, petición a la que no accedió esta accionada (Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACIÓN Y PERJUICIO PADECIDO; INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 01 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPMPD POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; FALTA DE LIGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; . PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 3 a 29 Archivo 09 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE (...)*” (f. 3 a 26 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia del 2 de agosto de 2023, el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

“(...) **PRIMERO: DECLARAR** ineficaces los cambios de sistema pensional que efectuaron MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE (...), al afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad provenientes del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, **DECLARAR** que aquéllas han permanecido afiliadas sin solución de continuidad

al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. en los procesos 2021-00274 de MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE (...); a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de las accionantes, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. (...).

Al momento de cumplirse las anteriores órdenes, los valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingresos Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en las historias laborales de las demandantes, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el Régimen de Ahorro Individual y de acuerdo a los Ingresos Base de Cotización que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el reconocimiento de las prestaciones económicas que lleguen a causarse.

En el proceso 2021-00274 CONDENAR a COLPENSIONES a RECONOCER Y PAGAR la pensión de vejez a MARIA ELENA ALVAREZ ARROYAVE, a partir del retiro del sistema o del día siguiente al reporte de su última cotización, asignándole el IBL más favorable entre el promedio de toda su vida laboral y los últimos 10 años de cotización, aplicando para ello la tasa de retorno del artículo 34 de la Ley 100 interpretada conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Prestación que se reconocerá en trece pagos por año y sobre el retroactivo que llegue a obtenerse, se autorizan los descuentos en salud y se ordena que COLPENSIONES lo indexe al momento del pago.

(...)

ABSOLVER a COLPENSIONES del reconocimiento y pago de los intereses de mora declarándose probada la excepción propuesta de IMPROCEDENCIA DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS.

CUARTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. (...), se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades y en favor de cada una de las demandantes un SMLMV de 2023. (...).

Para arribar a esta decisión, el Juez de primer grado consideró que, para resolver el conflicto debía acudir a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993, 720 de 1994, la Ley 795 de 2003 y la Ley 1328 de 2009, así como al precedente Jurisprudencial sobre la temática, iniciada desde 2008 y consolidada en providencias recientes como la SL3465- 2022, SL610-2023, SL932-2023 y SL1084 de 2023, elementos de donde se advierte que las afiliaciones a las AFP deben realizarse de manera informada, siendo deber de estas entidades estudiar las circunstancias particulares del ciudadano, a efectos de establecer si ello es conveniente o no, llegando incluso a desanimarlo de vincularse, para lo cual deberá explicarle la condiciones de acceso a la pensión en uno y otro régimen, la distribución en los aportes, el cálculo de las prestaciones y en fin las características de cada uno de estos y sus diferencias, incluyendo el derecho de retracto.

Así mismo expresó que, la carga de probar estas circunstancias corre por cuenta de la AFP, pues, conforme la norma procesal, se da un traslado de la carga demostrativa. Dicha obligación informativa, dijo, surgió con la Ley 100 de 1993, y debe acreditarse al momento del traslado.

Acto seguido expuso que, de no encontrarse demostrado el cumplimiento del deber de información, se genera la ineficacia del traslado, conclusión que da lugar a la devolución de

todo lo recibido por la AFP con ocasión de la afiliación de la persona, incluidos los aportes, frutos e intereses, los gastos de administración, valores relativos a las primas de seguros previsionales y lo destinado la fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados, a fin de que **COLPENSIONES** pueda financiar las prestaciones a que hubiere lugar.

En ese sentido anotó que, la obligación en comento no logra acreditarse con el formulario de afiliación, como quiera que estos no contienen la voluntad informada, punto al que aunó que, dada la ineficacia de la afiliación, no es oponible la prohibición de traslado contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

A esta altura, recordó la obligatoriedad de acatar el precedente jurisprudencial, y las posibilidades para apartarse de este, que no se daban en el particular (C-539 de 2011).

Con base en todo lo expuesto, explicó que en el *sub-júdice* no se aportaron elementos de convicción que permitieran verificar el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP, lo cual no pudo ni siquiera convalidarse con la asesoría recibida por la demandante, debiendo declararse la ineficacia del traslado con las consecuencias económicas anotadas.

Frente al reconocimiento del derecho pensional, dijo que esta pretensión debía resolverse a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, precisando que la demandante cumplió 57 años para el 7 de julio de 2019, y acreditó un total de 1.506,14 semanas, lo cual da lugar a causar el derecho pensional, que debía disfrutar a partir del retiro del sistema, mismo que dispuso liquidar con base en lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993. Autorizó a la demandada a descontar los aportes en salud, y dispuso la indexación del retroactivo a que hubiere lugar.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que no se interpuso recurso alguno en contra de la sentencia de primera instancia, el presente asunto se estudiará 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, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó modificar la sentencia de primer grado, argumentando que de las pruebas arrojadas al proceso no se logran acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de la ineficacia, incumpliendo con lo presupuestado en el artículo 167 CGP. Adujo que, desde la jurisprudencia se da la inversión de la carga de la prueba en estos asuntos, sin atender las situaciones particulares, eximiendo a la parte de demostrar la existencia de vicios del consentimiento, en tanto deja toda la responsabilidad en una de las partes, exigencia que no ha podido ser acreditada por la AFP, toda vez que estas solo cuentan con el formulario de afiliación, por lo sugiere tener en cuenta lo considerado en la Sentencia C-086 de 2016.

Seguidamente expuso que, no puede considerarse al afiliado como la parte débil de la relación, en la medida que la misma ley establece deberes como el de informarse sobre las condiciones del sistema. Así mismo expuso que, en esta clase de procesos se desconocen las fases que ha tenido el deber de información conforme el Decreto 663 de 1993, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014 y Decreto de 2015, agregando que si la ineficacia se está declarando por omisión de la AFP, sería esta la directamente implicada en el reconocimiento de las prestaciones a que hubiere lugar, aunado a que la demandante debe asumir las consecuencias del acto de afiliación, debiendo permanecer en dicha entidad hasta que la pensiones.

Luego, recordó el principio de sostenibilidad financiera a la luz del artículo 48 CN, a fin

de indicar que, con decisiones como la emitida se genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa orden de gestión de los recursos, que en la mayoría de los casos no están presupuestados, en la medida en que surgen de manera contingente, de la declaración judicial respectiva.

Por último, afirmó que, de mantenerse la decisión inicial, se ordene a la AFP la devolución de la totalidad de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual, sin ninguna clase de descuentos. Solicitó en ese mismo sentido que no fuere condenada en costas, toda vez que ha obrado de buena fe, y según lo ordena la característica *iusfilosófica* de sus funciones (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa 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.

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

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE** nació el 7 de julio de 1962, conforme se constata de la copia del documento de identidad visible a folios 1 a 2 Archivo 03 ED.
- (ii) Que la citada se afilió al ISS en pensiones, entidad a la que efectuó cotizaciones entre 1988 y 1994 (f. 30 a 31 Archivo 03 ED).
- (iii) Que el 28 de junio de 1994 la actora decidió trasladarse a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 40 y 47 Archivo 10 ED).
- (iv) Que el 3 de junio de 2021 la demandante radicó ante **COLPENSIONES** solicitud de afiliación, la cual fue despachada de manera negativa por esta demandada en comunicado de la misma fecha (f. 33 Archivo 03 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).

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; de ahí que, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional. (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, la sola 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).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la *ineficacia* y no desde la *nulidad*, centrándose el análisis de la libertad de afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la Corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP que debe preceder ese acto de afiliación, todo lo cual al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con 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).

Tampoco 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 el formulario de afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A.** (f. 40 Archivo 10 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que, al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por 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 a la demandante (Min. 07:40 a 21:04 Archivo 19 ED), de este no logra extraerse confesión que la perjudique.

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

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquel se afilió a la AFP, 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, 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 (f. 41 a 43 Archivo 10 ED), 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 **PROTECCIÓN S.A.**

el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En 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 **PROTECCIÓN S.A.** 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 a la 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 apoderado (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 **PROTECCIÓN 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 **PROTECCIÓN 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 la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse 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.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto con las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

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 (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 pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos

imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (SL2877-2020).

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En lo atinente al segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, advierte la Sala que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad, habida consideración que nació el 7 de julio de 1962 (f. 1 a 2 Archivo 03 ED.), y de otro lado, de acuerdo con la historia laboral vertida a folios 4 a 17 Archivo 10 ED, a corte el 1º de abril de 1994, la promotora de la acción solo tenía en su haber 321,85 semanas cotizadas, que representan menos de los 15 años (771,42 semanas SL1123-2021) exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho necesario para acceder al beneficio del régimen de transición.

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

Tenemos entonces que, la señora **MARÍA ELENA ÁLVAREZ ARROYAVE** cumplió los 57 años de edad el 7 de julio de 2019, y para esta fecha acumuló 1.374,15 semanas (f. 4 a 17 Archivo 10 ED), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, es por ello que, como bien lo anotó el Juzgador de primer grado, la demandante tiene causado su derecho a la pensión de vejez.

Sobre la efectividad del derecho, de la relación de aportes vertida a folios 49 a 61 Archivo 10 ED se observa que, en el historial laboral de la demandante esta aun viene como afiliada activa, esto es, no existe reporte de novedad de retiro, circunstancia a la que se suma que en su interrogatorio aceptó continuar activa laboralmente (Min. 07:40 a 21:04 Archivo 19 ED), acertando el Juez primigenio al concluir entonces que el disfrute del derecho surge a partir de la desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

En ilación con lo antedicho, procedía impartir a la entidad la orden atinente a que se disponga 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 para la liquidación del ingreso base (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, una vez acredite la actora su desvinculación del sistema.

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

De otro lado, habrá de mantenerse la indexación del retroactivo resultante, con la finalidad de paliar los efectos devaluativos que sobre la moneda se generan a causa del paso del tiempo, como adecuadamente lo dispuso el Juez, con la posibilidad de descontar los aportes con destino al SGSSS (Art. 143 de la Ley 100 de 1993).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado. Sin costas en esta instancia, en atención a que el proceso se conoció en el grado de consulta.

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: CONFIRMAR la Sentencia del 02 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA