

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ESMERALDA VALDERRAMA COPETE</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.</b>
<b>VINCULADO</b>	<b>ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN</b>
<b>RADICADO</b>	<b>05001-31-05-003-2019-00469-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>MODIFICA y REVOCA PARCIALMENTE</b>

**SENTENCIA No. 289**

Medellín, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 045 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 28 de julio de 2022, proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

**ANTECEDENTES**

La señora **ESMERALDA VALDERRAMA COPETE** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1) Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., disponiéndose su afiliación al primero a cargo de COLPENSIONES. 2) En consecuencia, deprecó porque se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas y cada una de las cotizaciones efectuadas por aquella al RAIS, junto con los rendimientos generados hasta el momento en que se realice el retorno**

definitivo a la segunda. 3) Así mismo, solicitó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Como sustento de sus pedimentos manifestó que, en calidad de empleada pública vinculada al Hospital Eduardo Santos de Istmina – Chocó, se afilió en pensiones al ISS, entidad de la que efectuó traslado al RAIS el 30 de abril de 1998, a la AFP **PORVENIR S.A.**, resaltando que ha cotizado de manera ininterrumpida a través del citado empleador.

No obstante, aseguró que al momento del traslado, el asesor del fondo privado incurrió en una mala asesoría, en tanto no le explicó que el capital en su cuenta de ahorro individual debía crecer más de \$300.000.000 para poder alcanzar una pensión que garantizara el 85% del salario que recibiría al momento de cumplir las exigencias para ello. Que tampoco se le indicó que su dinero competía en bolsas de valores, y los rendimientos eran fluctuantes, registrando ganancias y pérdidas exorbitantes cargadas a la cuenta de ahorro.

En ese sentido, señaló que no recibió una información clara, concreta y precisa sobre las posibilidades de pensión en este fondo, o en su defecto la información suficiente y completa relacionada con las implicaciones de su traslado, pues ni siquiera fue ilustrada sobre los efectos adversos de su decisión, a partir de lo cual perdería las ventajas y prerrogativas reconocidas por la ley, tales como el régimen de transición, todo a raíz de lo cual se generó la ineficacia del traslado como tal (f. 1 a 6 Archivo 01 ED).

### CONTESTACIONES

La demandada **PORVENIR S.A.** expuso que la vinculación de la demandante al RAIS se hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE* (...)” (f. 53 a 70 Archivo 01 ED y f. 1 a 2 Archivo 02 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS e INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESARROLLADO EN EL ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005* (...)” (f. 1 a 12 Archivo 03 ED).

Mediante auto dictado en audiencia del 28 de julio de 2022, el Juzgado de primer grado dispuso vincular al presente trámite a la **ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ**, entidad que concurrió al proceso resistiendo lo pretendido en la demanda (f. 1 a 3 Archivo 42 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN profirió Sentencia del 28 de julio de 2022, con la cual dispuso:

*“(…) PRIMERO: que las AFP Porvenir S.A., no demostró en este proceso su obligación de dar información clara, veraz, oportuna y suficiente a la demandante ESMERALDA VALDERRAMA COPETE identificada con la cédula identificada con la cédula de ciudadanía 26328213, al momento en que esta se trasladó del RPMD al RAIS.*

*SEGUNDO: DECLARAR que la demandada PORVENIR S.A. causo un menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de la demandante, al no cumplir con su obligación de diligencia debida de buen consejo, tanto al momento del traslado como al largo de toda la afiliación, ni siquiera aparece registro de re-asesoría pensional.*

*TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de PORVENIR S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones de la demandante.*

*CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza de ESMERALDA VALDERRAMA COPETE causado por AFP PORVENIR S.A. De acuerdo con la inaplicación constitucional aquí declarada, también se DECLARA que la demandante ESMERALDA VALDERRAMA COPETE sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.*

*QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin perjuicio de las órdenes que se le darán enseguida.*

*SEXTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que la demandante lo solicite. Le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMD transición pensional con una tasa de reemplazo del 75% del IBL, del promedio de los 10 últimos años de conformidad a las leyes 33 de 1985 y 71 de 1978, con fecha de disfrute a partir del día en que acredite el retiro laboral.*

*SÉPTIMO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la demandante ESMERALDA VALDERRAMA COPETE, solicite por escrito de Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional.*

*Aquí mismo se ordena a COLPENSIONES, que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo solicite por escrito PORVENIR S.A., elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Y dentro de ese mismo lapso, 2 meses, lo presente por escrito a Porvenir S.A.*

*Aquí mismo se ordena a PORVENIR S.A., para que dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de porvenir S.A, pague dicho calculo actual pensional.*

**OCTAVO:** ORDENAR a PORVENIR S.A., que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media transición pensional a la demandante.

COLPENSIONES subrogará en tal obligación a PORVENIR S.A., desde el momento y hora en que esta Entidad, pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES.

**NOVENO:** AUTORIZAR a Porvenir S.A. a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí el valor de los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de esta.

**DÉCIMO:** No prosperan las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. ni la de prescripción ni la de inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez de la demandante. Las demás quedan resueltas como se ha indicad. Será absuelta de todas pretensiones COLPENSIONES al prosperar la excepción propuesta de intrasmisibilidad de responsabilidad.

**DECIMO PRIMERO:** Costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.** y en favor del demandante, Agencias en derecho en la suma de **\$4.640.000.**

**DECIMO SEGUNDO:** se absuelve al **HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA CHOCO** de todas las pretensiones. (...)."

Para arribar a esta decisión comenzó precisando que, en el presente litigio debía apartarse de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Lo anterior, expuso, por virtud de los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales establecen la obligación de diligencia debida y buen consejo en cabeza de entidades financieras de informar de manera veraz y oportuna al usuario, a efectos de que este tome una decisión plenamente informado.

Luego, hizo alusión a los principios de eficacia de los derechos sociales (Art. 53 CN), favorabilidad y el acceso al mínimo vital, definido este como el necesario para la congrua subsistencia, el cual es de orden cualitativo. Así mismo, resaltó el principio de responsabilidad, para mencionar que quien genera un daño, debe repararlo, cuestión que no escapa a las AFP en atención a la normatividad en cita, pues de no acatar sus obligaciones, pueden ser sancionadas al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, planteamiento desde el cual señaló, podía alejarse de la Jurisprudencia, en la medida en que, al no otorgarse por parte del fondo una asesoría clara y completa al afiliado, causando menoscabo en su eventual mesada pensional, procede la ineficacia del traslado realizado, con la previsión de que la persona sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP del RAIS.

En este punto consideró que, la postura actual de la Jurisprudencia Laboral en estos casos, vulnera varios principios jurídicos constitucionales, como son, el de sostenibilidad financiera, principio de relatividad de los actos y contratos, la prohibición de beneficiarse de su propia culpa, así como el de tener que reparar el daño causado, entre otros, lo que da lugar

a ordenar la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD (Art. 272 Ley 100 de 1993), para declararse que el afiliado sigue inmerso en este, pero itera, a cargo de la AFP del RAIS, determinación tratada también por la Corte Constitucional.

De igual modo indicó que, de hecho, en sentencias de la Sala de Casación Laboral, se ha aplicado el principio jurídico de la responsabilidad, por ejemplo, en procesos de ineficacia que inmiscuyen pensionados, en los que la AFP debe responder por los perjuicios ocasionados a la persona, cuestión a la que se suma, por ejemplo, la posibilidad existente de imponer a los fondos privados el pago de pensiones cuando omiten cumplir sus obligaciones (Decreto 656 de 1994).

Ahora, en lo referente a la premisa de exclusión de los regímenes pensionales, anotó que ese criterio no es absoluto cuando se trata de resolver derechos fundamentales, conforme lo señalado en la propia Carta Política, con miras a proteger los derechos de los trabajadores, de donde coligió que, son las entidades las que deben armonizar, articular y potencializar sus funciones, pues el mismo sistema normativo lo permite, toda vez que, al tratarse de entes financieros, cuentan con la posibilidad de permutar obligaciones, que en el ámbito estudiado es conocido como conmutación pensional, previo traslado de los recursos e información requerida para ello. Lo anterior, porque la solución establecida en la actualidad por la Corte Suprema de Justicia solo supone el traslado de una pequeña suma de dinero insuficiente para cubrir la pensión.

Seguidamente, pasa a referirse a las características del daño, a efectos de mencionar que, si el derecho a la seguridad social fue conculcado, debe ser reparado. Igualmente, recordó las condiciones para adquirir el derecho pensional bajo el amparo del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su limitación con el Acto Legislativo 01 de 2005, punto en el que recordó que la demandante fungió como servidora pública del **ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ**, para quien la norma aplicable por transición sería la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988.

A partir de todo lo dicho, retomó al análisis de la vinculación de la actora al RAIS, para decir que no hay prueba siquiera de que la AFP hubiere corroborado el cumplimiento de los requisitos mínimos para el traslado de aquella, mostrándole las diferencias pensionales, las consecuencias de trasladarse, análisis personales y específicos, cuestiones que no alcanzan a acreditarse con el formulario de afiliación aportado por el fondo privado.

Adicionalmente, reseñó que no había dificultad para establecer que la demandante era beneficiaria del citado régimen de transición, condición que le era más beneficiosa en relación con la pensión que le pudiera corresponder en aplicación de la Ley 100 de 1993, beneficio que debió advertir el asesor de la AFP, podía perder la afiliada al trasladarse, lo que enseña el grave perjuicio causado respecto a las posibilidades de mesada pensional, a la cual pudo acceder desde el año 2013.

De otro lado, consideró procedente absolver a **COLPENSIONES** de las pretensiones de la demanda, por tratarse de un tercero ajeno al negocio jurídico del traslado, absolviendo igualmente al **HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ**.

### RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** mostró su inconformidad con la decisión, manifestando, contrario a lo sostenido en el fallo, que se cumplió con el deber de información en relación con la demandante, no dándose los presupuestos para declarar la ineficacia como lo ha explicado la Jurisprudencia, a la par que no existen elementos que permitan hablar de menoscabo de la parte actora, de quien dijo, no cuenta con un derecho consolidado para acceder la pensión, en la medida que a la fecha sigue laborando.

Que la orden de reconocer el derecho pensional en los términos establecidos para el RPMPD va en contra del principio de sostenibilidad financiera, dado que los regímenes pensionales son excluyentes entre sí, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, adicionando que desde su traslado, la demandante perdió el beneficio al régimen de transición. Así mismo, expresó que durante todos estos años la demandante tuvo la oportunidad de conocer las características y condiciones del RAIS, precisando que los reproches efectuados a su representada solo surgieron con previsiones posteriores, omitiéndose tener en cuenta el principio de irretroactividad y seguridad jurídica.

Explicó que la única motivación de la demandante para buscar la ineficacia se deriva del monto de lo que podría ser su mesada, situación insuficiente para dar por probada la falta al deber de información. Más adelante, expresó que no hay lugar a devolver lo concerniente a los gastos de administración, como quiera que su defendida ha cumplido con la finalidad de esta deducción, en la medida que ha cancelado, por ejemplo, lo atinente a las primas de seguro de los riesgos de invalidez y muerte, debiendo respetarse las restituciones mutuas. Así mismo, indicó que no hay lugar a devolver los rendimientos y mucho menos a indexación de ningún tipo. Así mismo, pidió revisar la conformación de la historia laboral de la demandante.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** insistió en que, pese a las facultades ultra y extra petita del Juez Laboral, los hechos que originen esta decisión deben aparecer plenamente discutidos a lo largo del proceso circunstancia que no acaeció en el particular, aunado a que los perjuicios descritos por este no fueron debidamente demostrados, resaltando que la accionante no tiene un derecho adquirido, en la medida que carece de derecho pensional reconocido, mismo que a la fecha se encuentra en construcción.

Acto seguido, refirió que, para el momento del traslado de la demandante, cumplió

con el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993, sumado a que la parte tuvo varias oportunidades de cambiarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

Manifestó que la prueba documental que se extraña por el Juez surgió solamente desde la Circular N° 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, y exigencias como el buen consejo y la doble asesoría, nacieron entre los años 2010 y 2014. Agregó que la motivación para iniciar este proceso es la diferencia de mesadas entre los regímenes, pese a que el monto de la prestación no podía ser determinado al momento de su vinculación, sin que la sola circunstancia de no cumplirse la expectativa pensional del afiliado permita concluir que hubo engaño.

De otro lado indicó que las condiciones del RAIS no son impuestas por las AFP, sino por la misma Ley 100 de 1993, cuya ignorancia no puede servir de excusa a la demandante. Por último, reprochó la condena relativa a pagar la pensión bajo las reglas del RPMPD por cuanto desconoce la creación legislativa al regular dos (2) regímenes pensionales, excluyentes entre sí, y con formas de reconocimiento y liquidación disímiles, por lo que no es dable que se imponga a su representada una obligación de esa estirpe, máxime que ello comporta una extralimitación del Juzgador. De otra parte, apuntó contra la condena en costas, tras considerar que su defendida actuó con buena fe objetiva (Archivo 03 ED Tribunal).

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR 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, verificando en este caso la procedencia de las órdenes impuestas en sede de primera instancia, relativas a la inaplicación por inconstitucionalidad de los efectos de la ineficacia de la afiliación, para imponer en cabeza de la AFP del RAIS las prestaciones propias del RPMPD, así como el posterior traslado de tales obligaciones a este último régimen, por la vía del pago de un cálculo actuarial.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos que se desglosan de las cotizaciones de la afiliada durante el periodo de su permanencia en los fondos privados.

Finalmente, se analizará la procedencia del estudio del derecho pensional de la demandante.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previos las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

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

- (i) Que la señora **ESMERALDA VALDERRAMA COPETE** ha prestado sus servicios a la **ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ** desde el 30 de octubre de 1980, por lo que fue vinculada en pensiones a CAJANAL (f. 2 a 29 Archivo 31 ED).
- (ii) Que el 30 de abril de 1998 la actora se trasladó del RPMPD hacia el RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 5 y 9 a 58 Archivo 02 ED).
- (iii) Que el 16 de julio de 2015 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición de la que no obra respuesta en el expediente (f. 7 a 8 Archivo 02 ED).

#### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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 SL1688-2019).

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 ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les 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 público y privado 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 el Alto Tribunal 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 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 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).

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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 9 Archivo 02 ED), realmente 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 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, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte practicado a la demandante (Min. 17:51 a 35:03 Archivo 55 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

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 a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, imponerle 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 aquella 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, 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 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.

De otro lado, en lo atinente a la actitud de la afiliada, para responder a lo señalado por **COLPENSIONES**, es válido traer a colación que, en Sentencia SL2908-2022, el Alto Tribunal reiteró que incluso la desidia de la parte a informarse sobre los regímenes pensionales, o sus condiciones personales y profesionales no convalidan el acto de traslado desinformado, argumentando que: “(...) *Allende a que, como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos (...)*”. (Subraya de la Sala).

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial de la demandante, 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.

En ese sentido, 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).

Valga aclarar que la demandante no estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, pues de hecho, se observa que su vinculación se registraba ante CAJANAL (f. 2 a 29 Archivo 31 ED), en su calidad de servidora pública con la **ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ**, razón por la cual, al restituirse el *statu quo*, gracias al

efecto de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media con prestación definida, a saber, **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, términos en los que justamente lo ha concluido la jurisprudencia, *verbigracia*, en Sentencias SL2932-2022 y SL3891-2022.

En la misma línea, como la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social especialmente en el RPMPD, ello implica 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.

Sin embargo, lo anterior dista de las órdenes precisadas por el fallador de primera instancia, que consideró viable imponer a la AFP del RAIS el pago a título de perjuicio de la prestación pensional propia del RPMPD, mientras aquella cumple con el pago de un cálculo actuarial por dicha pensión a favor de **COLPENSIONES**, solución que como lo menciona el apelante, no se atiene a la postura jurisprudencial del órgano de cierre, que de tiempo atrás viene siendo pacífica, reiterada por ejemplo en la Sentencia SL2613-2022 en la que resolvió:

*“(…) En el presente asunto, el a quo declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS; en lo que hace a las consecuencias de la precedente declaración, la Sala precisa que se concretan **a que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes del acto ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten**, tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, lo que en la práctica significa que el traslado nunca ocurrió.*

*(…)*

*En efecto, de cara a los efectos jurídicos que conlleva la ineficacia del acto, la Corte ha precisado que:*

*La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).*

*Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración 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, pues*

*estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021) (...)*” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Desde esa órbita, razón le asiste razón a la recurrente en los motivos de inconformidad con el fallo inicial, toda vez que de entrada devienen improcedentes el grueso de las disposiciones adoptadas en la parte resolutive de tal decisión, en tanto supone la declaratoria de un perjuicio económico, del que señala como responsable a la AFP, y al mismo tiempo impone, puntualmente a **PORVENIR S.A.**, a pesar de tener como ineficaz su traslado al RAIS, a pagar, de ser el caso, la pensión de vejez en los términos que le hubiere sido otorgada al actor en el RPMPD, continuando con la imposición de unas gestiones actuariales y económicas a efectos de lograr la subrogación posterior del pago de la prestación en cabeza de **COLPENSIONES**, y luego finaliza autorizando a la AFP del RAIS, a descontar de ese cálculo actuarial a trasladar al RPMPD “*los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de esta*”, disminuyendo en ese monto el valor de los recursos que deben remitirse al fondo común.

Con tales disposiciones se dejan de lado las particularidades del sistema general de pensiones y sus distintos regímenes, así como el funcionamiento de estos, siendo incluso el resolutive confuso al procurar el acceso a una determinada pensión, pagadera por una entidad respecto de la cual se concluyó que se entiende ineficaz la afiliación, sin embargo, tampoco retrotrae las situaciones al estado inicial, sino que deja en el RAIS los aportes y demás emolumentos, a cambio de un título pensional que procede ante empleadores omisos en la afiliación al sistema de seguridad social, todo lo cual lleva a la ineludible modificación y revocatoria de varias cuestiones de la decisión inicial; y finalmente, el perjuicio que advierte fue ocasionado a la accionante por la administradora del RAIS, se deja cargado al monto del cálculo actuarial que debe otorgarse a **COLPENSIONES**, pues autoriza descuentos por parte de la AFP, con lo que hace recaer en el fondo común las consecuencias de la omisión de la AFP del RAIS.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en Sentencia SL1019-2022 los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

*“(…) i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.*

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

*iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones. (...)”.*

La anterior conclusión conlleva, como se dijo, el efecto natural y obvio, propio de la ineficacia del *acto de selección de régimen pensional*, por omisión en el deber de información, que apunta a desconocer el traslado así realizado, retrotrayendo la situación al momento anterior a dicho acto, lo que de este modo conduce a la revocatoria de varios aspectos de la sentencia de primera instancia, entre estos, la concesión del derecho pensional en favor de la demandante en la forma *sui generis* dispuesta por el *A quo*, por encontrarse en disonancia con lo que ha delineado la reiterada y pacífica jurisprudencia del Alto Tribunal en esta clase de procesos, e inusitado de cara a las particularidades que definen cada uno de los regímenes del sistema general de pensiones, en cuanto a la forma como se construyen y definen las prestaciones en uno y otro.

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.**, 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 esbozado por el apoderado de esa entidad. (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.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022)

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado en la alzada, 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, 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 este orden de ideas, le asiste razón al fondo privado apelante en torno a las inconsistencias evidenciadas en la sentencia materia de apelación, y, por consiguiente, procede la Sala, en primera medida, a modificar el numeral cuarto, a efectos de precisar que la ineficacia declarada recae sobre el traslado de régimen efectuado por la demandante desde el RPMPD al RAIS, y en ese sentido, ordenar a **COLPENSIONES** que active la afiliación de esta al RPMPD.



Así mismo, se revocarán los numerales segundo, tercero, y quinto a décimo, para en su lugar, disponer que **PORVENIR S.A.** traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales. Y con cargo a sus propios recursos, lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, las cuales deberán ser recibidos por la administradora del RPMPD.

De igual forma, 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, se considera procedente adicionar la decisión para ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo normado en el artículo 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016<sup>1</sup>. (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 (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

---

<sup>1</sup> **Decreto 1833 de 2016. ARTÍCULO 2.2.2.4.8. Traslado de información.** En todos los casos previstos en el presente capítulo, junto con el traslado de los recursos, las entidades involucradas deberán entregar la historia laboral de los afiliados por medio magnético o electrónico que incluya como mínimo los siguientes datos:

- 1 .1. Administradora de pensiones ante la cual se realizaron los aportes.
- 1 .2. Nombres y apellidos completos del afiliado.
- 1 .3. Tipo y número del documento de identificación del afiliado.
- 1 .4. Fecha de nacimiento.
- 1.5. Sexo del afiliado.

Y por cada período cotizado la siguiente información:

- 2.1. Ingreso base de cotización.
- 2.2. Monto de la cotización obligatoria.
- 2.3. Períodos a los que corresponden las cotizaciones.
- 2.4. Nombre del empleador.
- 2.5. NIT de cada empleador.
- 2.6. Días cotizados.
- 2.7. Fecha de pago de las cotizaciones.
- 2.8. Para los afiliados que tengan cotizaciones anteriores al 1 de abril de 1994, la historia laboral o certificaciones del tiempo laborado en entidades públicas que reposen en la Administradora.
- 2.9. Y la demás información que se tenga del afiliado.

Las administradoras del sistema general de pensiones acordarán la estructura y cargue de archivos con los que se deberá entregar la información de historia laboral de los afiliados.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de Colombia de precisar otros aspectos referentes a la materia.

(Decreto 3995 de 2008, art. 8)

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

Respecto del derecho a la pensión solicitado en la demanda, y concedido por el Juez de instancia en los términos indicados, si bien no discute la Sala que la demandante ostenta a la fecha la densidad de semanas necesaria para la pensión de vejez, aunado a que incluso ha superado la edad exigida para obtener esta prestación en el RPMPD, lo preponderante en el asunto estudiado es que como quedó sentado desde la primera instancia, y que no fue materia de controversia en la apelación, la demandante ostenta la calidad de **empleada pública**, cuestión que se observa de la relación de aportes *Certificado de Información Laboral – CETIL* expedido por el **ESE HOSPITAL EDUARDO SANTOS DE ISTMINA – CHOCÓ**, entidad en la que despliega el cargo de “*auxiliar de enfermería*” (f. 2 a 29 Archivo 31 ED).

Frente a esto, importa recordar lo reglado en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 (Reorganizó el Sistema Nacional de Salud); que precisa:

*“(…) En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

*(…)*

**PARAGRAFO.** *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (…)*”

En concordancia con ello, la Ley 100 de 1993 consagró en su artículo 194 que: “(…) La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, **se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las Asambleas o Concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo (…)

” Así mismo, respecto de la regulación interna de estas entidades, dispuso que:

**“ARTICULO 195. Régimen Jurídico.** *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*(…)*

**5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990”.**

(Subraya y Negrilla de la Sala).

La remembranza legal que precede enseña que, por regla general, quienes presten sus servicios en Empresas Sociales del Estado, son empleados públicos (sea libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa), y excepcionalmente, son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos **destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en estas entidades.**

De ahí que sea diáfano que la actividad de la demandante, seleccionada para desempeñar **actividades en el área de la salud como tal**, no pertenece a aquellas tareas descritas anteriormente para considerarla como **trabajadora oficial**, siendo deber memorar que la naturaleza de la vinculación tiene su origen en el ordenamiento legal, y no “(...) *la voluntad de las partes, ni la forma de vinculación, ni el tratamiento que se le haya dado al trabajador (...)*”, como bien lo ha adoctrinado la Jurisprudencia Especializada Laboral en múltiples pronunciamientos (SL1109-2021).

Y es que para tener un panorama claro en el sentido de saber hasta dónde se extiende el concepto de “*mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales*”, es necesario acudir a lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en Sentencia SL1334 de 2018, que sobre este punto consideró: “(...) *No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, “aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, “aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria.” (...) “Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual.” Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería. (...)”*

Con base en lo dicho, es deber recordar que, conforme el artículo 2° del CPLSS, modificado por la Ley 712 de 2001, la Jurisdicción Ordinaria en su Especialidad Laboral, conoce de: “(...) 4. *Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras. (...)”*

De igual modo, en relación con los conflictos surgidos entre administradoras del sistema pensional de derecho público, y afiliados con la calidad de empleados públicos, según la intención del legislador, corresponde, como regla general, dirimirlos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con el numeral 4° del artículo 104 CPACA, el cual señala que será de su conocimiento: “*además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas*

las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. Y de manera especial, de los procesos **“relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”**.

La anterior reseña sirve para tener claro que, si la controversia inmiscuye, por ejemplo, a una entidad de derecho público y a un trabajador oficial, debe ser resuelta por el Juez del Trabajo, pero, en cambio, si la disyuntiva tiene en este último extremo a un empleado público, y una administradora del Sistema de Seguridad Social de carácter público, como lo es para el caso, **COLPENSIONES**, corresponde a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa darle curso.

De lo expuesto se colige entonces que, la jurisdicción competente para resolver el punto relativo a la pensión de vejez perseguida por la actora, dada la calidad de empleada pública ostentada por aquella, no es la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sino la Contenciosa Administrativa, a la cual se reitera, le corresponde conocer de los procesos originados en los conflictos de esta clase de servidores y entidades estatales intervinientes en el entramado de la seguridad social, circunstancia que se evidencia en el presente caso, máxime cuando por disposición del artículo 16 CGP, **“la jurisdicción y la falta de competencia por los factores subjetivos y funcional son improrrogables”**, y es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes, conforme al artículo 29 de la misma obra legal.

Sobre este tema, importa traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Auto A-406 de 2021, en el que, al definir un conflicto de jurisdicción, consideró que:

*“(…) según el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción ordinaria conocerá de todos los asuntos que no estén asignados a cualquier otra. Por su parte, el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos*

*(…)*

**si al momento de causar la pensión el demandante tuvo la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto. En concreto, en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica (determinada por la naturaleza del vínculo laboral y las funciones que desempeña) del sujeto que demanda (...)** (Subraya y Negrilla de la Sala).

En dicha decisión, anotó el Alto Tribunal que, para el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura la naturaleza de la vinculación del trabajador, **al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente, criterio que se justifica en la necesidad de establecer un hito que permita definir a cuál autoridad corresponde**

**decidir el asunto.** Además, acotó que el numeral 4° del artículo 104 del CPACA, se refiere de manera exclusiva a la categoría de “*servidores públicos*”, con la precisión de que la competencia se circunscribe al examen de la relación legal y reglamentaria, la cual es predicable de los empleados públicos.

Concluyendo que, si al momento de causar la pensión la parte actora tiene la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto; puntualizando que en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: **la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica del sujeto que demanda.**

Y es que, si bien no se desconoce que, previamente, la accionante registró afiliación a un fondo privado, también lo es que como producto de la ineficacia se genera su retorno automático al RPMPD sin solución de continuidad, bajo el entendido de que nunca se trasladó de este régimen pensional, quedando así vinculada a **COLPENSIONES**, entidad pública a la que finalmente le correspondería atender el reconocimiento pensional, verificándose a partir de lo planteado en la demanda, que los pedimentos de ineficacia y reconocimiento pensional son principales, pero que, en atención a lo explicado atrás, deben ser estudiados por vías judiciales diferentes.

Este acontecer procesal permite colegir que, en el caso de autos, no es viable estudiar lo relacionado con la pensión de vejez ordenada en la sentencia apelada y consultada, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y el numeral 1° del artículo 133 CGP (sustentada igualmente con el contenido de los artículos 132, 134 y Sentencia C-537 de 2016), debiendo abstenerse de efectuar tal análisis, pues, consecuencial a lo considerado atrás, resulta viable declarar la falta de jurisdicción para resolver sobre la pretensión pensional, como lo ha autorizado la Jurisprudencia Constitucional en Sentencia T-064 de 2016:

*“(...) la determinación adecuada de la jurisdicción que ha de resolver un litigio es un presupuesto de vertebral relevancia, en tanto de allí emana la validez misma del proceso, toda vez que un vicio como la falta de jurisdicción conlleva a que las actuaciones procesales resulten afectadas por una nulidad que no es susceptible de saneamiento alguno. Y agrega la Corporación: En esa medida, para la autoridad judicial que advierta la presencia de semejante defecto, resulta obligatorio declarar el vicio detectado y adoptar las medidas tendientes a que el trámite sea renovado con estricto apego al debido proceso. De esa forma, el juez consigue legitimar la administración de justicia y concretar la eficacia de los derechos de las partes enfrentadas, materializando así los fines estatales que la Constitución ha trazado. Por el contrario, aquel juez que evada dicho imperativo, eludiendo las funciones que le atañen como director de la contienda, perpetuará la transgresión del debido proceso y avalará la perversión derivada de las decisiones dictadas tras un juicio enteramente antijurídico (...).”*

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se modificará y revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos, y en lo referente al derecho a la pensión, dado que no hay lugar a absolver o condenar a **COLPENSIONES** respecto del reconocimiento pensional, al ser un pedimento del que no se tiene autorización procesal para estudiarlo, procederá abstenerse de resolver esta pretensión por falta de jurisdicción. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad de los recursos.

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,

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia dictada el 28 de julio de 2022 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el cual quedará así:

*“(…) **CUARTO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante **ESMERALDA VALDERRAMA COPETE** desde **CAJANAL** a **PORVENIR S.A.**, considerándose así que esta continuó afiliada al **RPMPD** en **COLPENSIONES** (…).”*

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales **SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO a DÉCIMO** de la sentencia recurrida, para disponer en su lugar:

- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales.

Y con cargo a sus propios recursos, trasladará a **COLPENSIONES** lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha entidad, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas.

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba de **PORVENIR S.A.** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra, para que eventualmente financie la prestación económica a que este tenga derecho; y que refleje en la historia laboral de la demandante con los ingresos base de cotización correspondientes, el periodo que permaneció vinculada al RAIS.


**TERCERO: ABSTENERSE** de resolver lo atinente a la pensión de vejez por FALTA DE JURISDICCIÓN de la Sala para resolver esta pretensión elevada por la señora **ESMERALDA VALDERRAMA COPETE**, de acuerdo con lo considerado en precedencia.


**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

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

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**