

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLARA LUCÍA POSADA BRAND
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-025-2022-00254-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen. - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISIÓN	ADICIONA Y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 014

Medellín, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

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° 002 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor esta última entidad, respecto de la Sentencia No. 345 del 4 de diciembre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **CLARA LUCÍA POSADA BRAND** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado por ella desde el RPMPD al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, disponiéndose su regreso a **COLPENSIONES**. **2)** En consecuencia, solicitó condenar a las AFP demandadas a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes efectuados al RAIS, con sus rendimientos financieros. **2)** De igual forma, petitionó que se ordene a **COLPENSIONES** que la reciba como su afiliada, y al mismo tiempo reconozca la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, a partir del momento en que cumplió los requisitos para ello. **3)** Por último, petitionó condenar a los fondos privados a que reconozcan y paguen los perjuicios ocasionados con el traslado ineficaz, representados en las mesadas causadas desde el momento del cumplimiento de requisitos hasta que **COLPENSIONES** asuma el pago de esta prestación.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 23 de agosto de 1965, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció vinculadas hasta 1994, año en el que decidió afiliarse a la AFP **PORVENIR S.A.**, para después transitar por los fondos ING y COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, posteriormente a **COLFONDOS S.A.**, y años más adelante regresar a **PROTECCIÓN S.A.** Lo anterior, producto de la dinámica comercial iniciada con la creación

de estos fondos a partir de la Ley 100 de 1993, lo que llevó a que dentro de estas campañas no pudiera recibir una debida asesoría acorde a la normativa aplicable y a la protección de sus derechos.

En ese sentido, explicó que al momento de su traslado la asesoría de parte de **PORVENIR S.A.** fue deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante en relación con las repercusiones que tendría la decisión de trasladarse de régimen, situación reiterada en las afiliaciones a los otros fondos demandados, quienes tampoco acudieron a brindarle información oportuna, clara, coherente y certera sobre las consecuencias que traería para su derecho pensional. Lo anterior, indicó, porque se omitió ilustrarla sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, el capital que debía ahorrar en el RAIS para acceder a la pensión, la forma de liquidación en dicho régimen, las modalidades pensionales, al paso que tampoco se le realizó la proyección del monto que recibiría como pensión, ya que lo único que se le indicó fue que de trasladarse podría obtener una pensión más ventajosa, sin tener en cuenta condiciones como la edad.

Con el actuar mencionado, señaló, las AFP demandadas incurrieron en el incumplimiento al deber de información y buen consejo, induciéndola en error, con lo cual se vició su consentimiento, ya que de habérsele puesto de presente la realidad, nunca hubiere aceptado el traslado, considerando que fue violentado su derecho a la libre elección de régimen pensional, aunado a que en ningún momento recibió reasesoría antes de llegar a los 47 años de edad.

Que en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera como nulo o ineficaz su traslado al RAIS, y consecuente con ello le reconociera la pensión de vejez, petición frente a la cual respondió la entidad que no era la competente para ello (f. 13 a 34 Archivo 05 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** expuso que, su actuar siempre ha estado precedido de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Más adelante formuló como excepciones: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA 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; APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO; FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL 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. 2 a 39 Archivo 10 ED).

De otro lado, **COLFONDOS S.A.** expresó que la vinculación de la actora a esta AFP se dio de manera libre y espontánea, insistiendo en que cumplió con todas las formalidades para la afiliación de aquella. Formuló las excepciones que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN; PAGO; INEXISTENCIA DE PERJUICIOS; INEXISTENCIA DE PRUEBA DE PERJUICIOS y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR NULIDAD DEL TRASLADO* (...)” (f. 2 a 26 Archivo 11 ED).

Seguidamente **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPOSIBILIDAD DE*

DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN (...)" (f. 2 a 15 Archivo 12 ED).

Por último, **PORVENIR S.A.** expuso que no existen razones para invalidar la afiliación de la accionante, más cuando aquella suscribió el formulario de afiliación, lo que muestra que la vinculación fue libre y voluntaria, conforme lo previsto en la normativa aplicable. Por tal razón propuso como excepciones las de: "(...) **PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN y RESTITUCIONES MUTUAS (...)**" (f. 2 a 40 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia N° 345 del 4 de diciembre de 2023, el JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

"(...) **PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora **CLARA LUCÍA POSADA BRAND** y los consecuentes traslados horizontales, y entender que para todos los efectos legales nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR a:**

a) **La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al RPM, en caso de haberse ya redimido. Y a reembolsar el valor de los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración, y primas de seguros previsionales, indexados con cargo a sus propios recursos; y los aportes al fondo de solidaridad pensional, si se hubiesen realizado. Lo anterior por las afiliaciones desde el 1 de octubre de 1995 al 30 de abril de 2001, y del 01 de abril de 2015 y hasta el momento en que se haga el traslado efectivo de estos recursos.

b) **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladarán a COLPENSIONES en el mismo término, el valor de los descuentos que efectuaron a las cotizaciones de la demandante por gastos o cuotas de administración, primas de seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; así como los aportes al fondo de solidaridad, de haberse realizado; así:

COLFONDOS S.A.	PORVENIR S.A.
1 de septiembre de 2013 – 31 de mayo de 2014	01 de octubre de 1994- 30 de septiembre de 1995
	1 de mayo de 2001 – 31 de agosto de 2013

Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalle de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

**TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** a recibir de las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. los valores aludidos en el numeral anterior, y a incorporarlos como aportes pensionales efectivos en la historia laboral de la demandante.

Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de esta decisión, y sin perjuicio del traslado de los recursos por parte de las AFP aquí demandadas, COLPENSIONES deberá reconocer y

*pagar a favor de la demandante, la pensión de vejez, liquidación que deberá realizar teniendo en cuenta lo siguiente:*

- *Considerar la totalidad de las semanas cotizadas y liquidar el IBL conforme con los mecanismos de liquidación dispuestos el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando el que resulte más favorable y la tasa de reemplazo que corresponda de acuerdo con la fórmula prevista en el artículo 34 de la misma normativa.*
- *El reconocimiento del retroactivo pensional es desde la fecha en que se reporte el retiro del sistema o desde la última cotización efectiva.*
- *Reconocer 13 mesadas para cada año.*
- *Indexar las mesadas pensionales retroactivas desde la fecha de su causación, hasta el momento de su pago, conforme al IPC certificado por el DANE para cada fecha.*
- *Se autoriza a Colpensiones efectuar los descuentos de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas pensionales ordinarias que reconozca por retroactivo pensional.*

**CUARTO: ABSOLVER** a las entidades demandadas de las pretensiones invocadas en su contra.

**QUINTO: DECLARAR** improbadas las excepciones propuestas, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEXTO: COSTAS** a cargo de las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A. por partes iguales y a favor de la demandante. Sin costas a cargo de Colpensiones. Agencias en derecho en esta instancia en la suma (2.500.000), es decir, \$833.333 a cargo de cada fondo demandado. (...)”.

Para arribar a esta decisión, la Juez de primer grado sostuvo que, la figura de la ineficacia del traslado tiene su origen en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, siendo obligación de los fondos privados suministrar una asesoría suficiente, clara y completa al afiliado sobre las reales implicaciones que acarrea el traslado de un régimen pensional a otro, y las posibles consecuencias, tema que explicó, ha sido abordado en numerosas providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las que ha dejado sentado el Alto Tribunal, que surge para estas entidades un deber de gestión e información respecto de los aspirantes a vinculación a ellas, que nace desde las etapas previas y preparatorias de la formalización de la afiliación.

Acotó que es el mismo Órgano de Cierre en materia laboral, el que enseña que en estos casos se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a la AFP demostrar que sí atendió cabalmente la carga informativa con el usuario, sin que el simple formulario denote esta actuación; y mucho menos, que se convalide por la vinculación a otra AFP y la suscripción de otro contrato, esto de conformidad con las sentencias SL3676-2020, SL2769, SL5686 de 2021 y SL1019 de 2022, entre otras.

En concordancia con lo anterior sostuvo el *A quo* que, en el proceso bajo examen, no existe evidencia de que se le hubiere suministrado a la demandante una información suficiente y veraz sobre las condiciones del traslado de régimen, en los términos que la jurisprudencia vigente ha expuesto, y si bien la actora aceptó haberse desempeñado durante un tiempo como asesora en HORIZONTE, no se desprende confesión en torno a que tuviera conocimiento sobre las condiciones, pormenores y características del RAIS.

Así mismo, expuso que los demás fondos en que estuvo afiliada tampoco demostraron el suministro de la información detallada al momento de la vinculación a cada uno de estos, procediendo la declaratoria de la ineficacia de traslado inicial realizado por la accionante, así como de los traslados horizontales, decisión que genera como consecuencia que las AFP deba retornar todas las cotizaciones completas realizadas por la afiliada, junto a los rendimientos

generados, y lo descontado por gastos de administración, primas de seguro previsional, fondo de garantía de pensión mínima y el fondo de solidaridad pensional.

En cuanto al derecho pensional, anotó que debía efectuarse el estudio a la luz de lo establecido en la Ley 797 de 2003, norma bajo cuyo amparo cumplió los requisitos de edad y semanas en el mes de agosto de 2022. Preciso que el disfrute de la prestación comenzaría una vez acredite la desafiliación del sistema, para lo cual **COLPENSIONES** liquidaría la pensión en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la indemnización de perjuicios peticionada, argumentó que la misma no procedía, dada la falta de demostración de la ocurrencia del daño y su cuantía. Por último, sostuvo que no prosperaba la prescripción planteada por las demandadas.

### RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** apeló la decisión argumentando que la actora se encuentra afiliada al RAIS, motivo por el que no le corresponde el reconocimiento de la pensión de vejez. Que, en el caso de mantenerse la decisión en este sentido, es claro que existe una petición antes de tiempo, por cuanto para la fecha de reclamación aquella no estaba vinculada a su representada. Además, aseveró que solo es viable imponer el pago de aquella prestación una vez se acate lo atinente al traslado de la información y recursos, ya que solo allí la entidad puede definir la procedencia del derecho pensional, ello en aras de proteger los recursos de la entidad que defiende.

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** manifestó que el proceso tenía ribetes particulares, toda vez que la demandante fue asesora de la AFP HOZIRONTE, demostrándose su capacitación en áreas del sistema pensional, así como de las reglas propias de cada régimen, según lo aceptó la actora en su interrogatorio de parte, punto en el que agregó que su defendida siempre realizó exhaustivas capacitaciones a sus asesores con la finalidad de brindar información clara, precisa y veraz a los potenciales afiliados. De ahí que manifiesta, la demandante tenía pleno conocimiento de los pormenores y cobertura del RAIS.

Así mismo, refirió que a la demandante también le correspondía estar informada sobre los servicios a contratar, asistiéndole el deber de indagar sobre características y condiciones generales si era su intención trasladarse de régimen pensional, a la par de tener la obligación de exigir las explicaciones necesarias para adoptar una decisión informada.

De otro lado, reprochó la indexación ordenada, tras anotar que la actualización en este caso no es procedente, dado que dentro de las obligaciones a cargo de las AFP se haya la de garantizar la rentabilidad de los recursos existentes en las cuentas de ahorro individual, denotando que no han perdido poder adquisitivo los aportes de la accionante. En lo concerniente a la devolución de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indicó que deben ordenarse con cargo a la cuenta destinada para tal fin.

Por último, alegó la inviabilidad de ordenar la devolución a **COLPENSIONES** de lo aportado por la accionante y los rendimientos generados, pese a que dicha entidad nunca administró tales recursos, sumado igualmente a que las contingencias de invalidez y muerte estuvieron cubiertas en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que haya lugar a hacer devoluciones con cargo a sus propios recursos, en tanto constituye una sanción no consagrada en el ordenamiento.

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

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal otorgado el apoderado judicial de la parte **DEMANDANTE**, señalando que en el presente asunto se ha demostrado fehacientemente que la señora Clara Posada no recibió la doble asesoría requerida por la ley para realizar el traslado de su régimen pensional, asesoría, que debe ser brindada por un experto imparcial y que tiene como objetivo garantizar que el afiliado comprenda las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas de cada uno, y las implicaciones de su decisión, recalcando que no fue otorgada una información veraz, lo que se traduce en un engaño por parte de la AFP (Archivo 03 ED Tribunal).

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, alegó pidiendo la revocatoria de la sentencia, en la medida en que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, y ninguna de las circunstancias del artículo 1741 código civil, lo que conduce a tener como eficaz el traslado realizado; aunado a que tampoco aparece tan clara la ejecución de actos atentatorios contra el derecho a la libre selección del afiliado, conforme lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que en su consideración, ni siquiera se acerca a lo reglamentado en el ámbito civil, como tampoco al artículo 897 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo expuso que, el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 54A CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia del afiliado en el régimen privado, resaltando que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos a trasladar solo son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas; para lo que cita como fundamento legal de su postura, el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, mencionando de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, mucho menos indexados (Archivo 04 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.

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 **CLAUDIA LUCÍA POSADA BRAND** nació el 23 de agosto de 1965, conforme lo muestra la copia del documento de identidad visible a folio 26 Archivo 01 ED.
- (ii) Que la citada se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó cotizaciones entre 1983 y 1994 (f. 46 a 51 Archivo 12 ED).
- (iii) Que el 9 de septiembre de 1994 la actora suscribió formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, entidad de la que migró el 4 de septiembre de 1995 con destino a COLMENA (hoy **Protección**), para después irse a ING (hoy **Protección**) el 1 de abril de 1994, pasándose a **PORVENIR S.A.** el 26 de marzo de 2001 (f. 83, 88 a 90 Archivo 13 ED y 59 a 60 Archivo 10 ED).
- (iv) Más adelante, el 30 de julio de 2013 se trasladó a la AFP **COLFONDOS S.A.**, y regresó a **PORVENIR S.A.** el 25 de abril de 2014, para finalmente recalar en **PROTECCIÓN S.A.** el 12 de febrero de 2015, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 90 Archivo 13 ED, f. 27 Archivo 11 ED y f. 61 Archivo 10 ED).
- (v) Que el 10 de septiembre de 2021 la accionante solicitó a **COLPENSIONES** que hiciera efectiva la ineficacia de su traslado al RAIS, con el consecuente reconocimiento pensional, petición negada en comunicación de la misma fecha (f. 104 a 105 Archivo 01 ED).

## DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con*

*una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).*

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

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

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 o afiliación al régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. En ese orden, el ofrecimiento de un régimen no implicaba simplemente el hecho 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, 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 Corporación en materia 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 o afiliación al régimen pensional 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 o vinculación al 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 se instituye 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; excluyendo 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 se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, COLMENA e ING (ambas **Protección**), y a **PROTECCIÓN S.A.** propiamente (f. 83, 88 a 90 Archivo 13 ED y 59 a 61 Archivo 10 ED), así como el certificado SIAFP – ASOFONDOS que muestra la vinculación de aquella a **COLFONDOS S.A.** (f. 27 Archivo 11 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Ahora, la apoderada de **PORVENIR S.A.** hizo hincapié en lo señalado por la demandante al momento de rendir interrogatorio de parte (Min. 18:53 a 44:16 Archivo 22 ED), al ser inquirida por las circunstancias que la llevaron a afiliarse a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, expuso que laboró entre 1994 y 1995 como asesora comercial de dicha entidad, por lo que fue obligada a afiliarse a este fondo. Que al ejercer el cargo descrito, sus funciones correspondían a buscar posibles afiliados, para lo cual la única capacitación que recibieron estuvo encaminada a precisar a las personas con la intención de vincularse a esta AFP, que al momento de fallecer, se haría la devolución de saldos en favor de sus beneficiarias, sin conocer realmente las condiciones del régimen, como quiera que la mentalidad inculcada siempre atendía a que, entre más personas se afiliaran serían mejor, más cuando por este motivo recibían comisiones.

Sin embargo, para la Sala el hecho que la demandante hubiere laborado al servicio de HORIZONTE, no alcanza a ser suficiente para sustentar la estrategia defensiva propuesta por esta demandada, ya que, además de que la actora no confiesa haber recibido la suficiente asesoría al momento de su traslado de régimen, también deja claro que la idea sembrada desde la entidad en sus agentes comerciales era vender sobre todo las ventajas que tenían los fondos privados, hecho que a decir verdad, no aparece contrariado por ninguna de las pruebas traídas al juicio, sin que pueda decirse, entonces, que la vinculación laboral de la actora, convalida el acto jurídico de traslado inicial, el cual, se efectuó sin una asesoría real, completa, clara y oportuna acerca de las implicaciones concretas del cambio de régimen pensional, máxime que no hay certeza ni siquiera de la formación recibida para desarrollar el ejercicio de la asesoría.

Tampoco puede pasar inadvertido que las reglas de la experiencia enseñan que a las personas que trabajan en un fondo de pensiones, por lo general, se les exige que deben afiliarse al mismo o por lo menos pertenecer al RAIS, por lealtad con la compañía, como lo advierte la demandante, quien encontrándose afiliada al ISS, decidió trasladarse a la AFP en la cual trabajaba por insinuación de la directora de la entidad, situación en la que, itera la Sala, no es claro si aún en su posición de asesora, aquella recibió plena capacitación sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales, o al menos de ello no hay prueba dentro del expediente, escenario en el que resulta pertinente traer a colación la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias anteriormente citadas, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil ha establecido que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y, a cuyo cargo estaba el deber de suministrar la información suficiente y completa a la afiliada, acerca del impacto del cambio de régimen pensional.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el 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 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 re asesoría, 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 que las promesas que la llevaron a aceptar su vinculación al RAIS fueron vanas, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de obtener mejores prerrogativas, independiente 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 **PORVENIR S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, 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 el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP demandada no hay razones para que **PROTECCIÓN S.A.**, fondo al que se encuentra afiliada en la actualidad, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, 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 (CSJ SL2877-2022).

Frente a este último aspecto, contrario a lo argüido por la mandataria de **PORVENIR S.A.**, 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., COLFONDOS S.A. y 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 **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN 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 del 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).

Arguyó igualmente la apoderada **PORVENIR S.A.** que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y fondo de garantía de pensión* es incompatible con la devolución de los *rendimientos*, pues en su sentir comporta una doble erogación.

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo argüido por las recurrentes, que no resulta discordante la condena a indexación y devolución de rendimientos, como quiera que la indexación se dispone sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se generan los rendimientos; y aquella procede en aras de superar el deterioro del dinero producido con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencias CSJ SL2611-2020, SL 4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021)

Se establece en relación con los *rendimientos*, que estos se causan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal, no siendo una dádiva de las administradoras de pensiones, toda vez que legalmente se impone que estos aportes generen una rentabilidad precisa; y de otra parte se ubican los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos que de igual manera se comprenden en las cotizaciones efectuadas al RAIS, que ningún rédito adicional generan, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

Así queda dilucidado que, al tratarse de diversas erogaciones, exigen una determinación precisa para cada uno respecto de su reconstrucción o beneficios; por una parte, los *aportes*, que generan unos *rendimientos*, que además se estipulan como un imperativo legal, de allí que no

pueda tenerse como una dádiva o beneficio extraordinario ofrecido por el administrador; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

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

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

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

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

Sin embargo, es menester indicar que, como el presente proceso también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del actor, habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** que dentro de las sumas a devolver incluyan lo descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas entidades, debidamente indexados, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, habrá de adicionarse dicho numeral en el sentido de precisar que **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, sin perjuicio de los periodos descritos en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, deberán devolver los conceptos allí descritos y los ordenados en esta providencia, **percibidos durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas administradoras.**

Cabe reseñar que el *a quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual advierte la Sala no deviene procedente su devolución, en razón a que no se trata aquel de un fondo exclusivo del RAIS, como si lo es el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

El Fondo de Solidaridad Pensional se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados,

según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003), recursos que una vez recaudados deben ser trasladados a aquel en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

En las voces del artículo 26 de la ley 100, se establece que este fondo tiene como propósito *“subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”*, es decir, que no forman parte del fondo común que se constituye para la garantía de las pensiones del régimen prima media (sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), de donde se colige que su devolución es improcedente, por cuanto tienen una destinación específica y diversa a la financiación de las pensiones del RMPMD, en razón de lo cual se procederá a REVOCAR la orden impartida en el fallo del *a-quo* sobre la devolución de este emolumento.

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).

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 28 años de edad, habida consideración que nació el 23 de agosto de 1965 (f. 26 Archivo 01 ED), y de otro lado, de acuerdo con el histórico de aportes (Archivo 13 ED), a corte el 1º de abril de 1994, la promotora de la acción solo tenía en su haber 175,42 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 **CLARA LUCÍA POSADA BRAND** cumplió los 57 años de edad el 23 de agosto de 2022, acumulando para ese momento un total de 1.389 semanas,

de las 1.392,29 reportadas en su historia laboral (f. 67 a 84 Archivo 10 ED), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, motivo por el que, como bien lo anotó la Juzgadora 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 f. 67 a 84 Archivo 10 ED, se observa que en la relación de aportes de la demandante no existe aún reporte de novedad de retiro, circunstancia a la que se suma la fluctuación constante en el número de cotizaciones presentado desde la radicación de la demanda hasta la contestación de la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, acertando la Juez de primer grado 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 al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la accionante, una vez acredite la actora su desvinculación del sistema, la que se reconocerá 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.

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).

Ahora, frente a lo argüido por la apoderada de **COLPENSIONES** en torno a que no se puede disponer el reconocimiento de la pensión en favor de la actora hasta tanto no tenga en su poder esta entidad la información y recursos provenientes del RAIS, es menester poner de presente que el trámite administrativo interno a surtir entre entidades no supedita al Juez de cara a ordenar el pago de la prestación estudiada, máxime que, dentro del litigio se logra esclarecer que, en efecto, la demandante tiene derecho al privilegio pensional.

Además, la ineficacia declarada con la consecuente cancelación de la pensión no puede quedar dependiente de tales circunstancias, por la potísima razón de que este no es el efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia, pues pese a que se procura garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra **COLPENSIONES**, los efectos de providencias como la analizada en este ámbito, son inmediatos, entendiéndose, entonces, que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD gestionado por aquella entidad, y por tanto, es viable el estudio y definición favorable de la pensión solicitada, de cumplir las exigencias legales para ello, como ocurre en el presente asunto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará y revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás la decisión. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV. Sin costas a cargo de **COLPENSIONES**, como quiera que, pese a la interposición de recurso de su parte, el asunto se estudia en sede 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: ADICIONAR** el literal B del numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 345 del 4 de diciembre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el sentido de:

- Ordenar a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** que dentro de las sumas a devolver a **COLPENSIONES** incluyan lo descontado a la demandante con destino al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que la citada estuvo afiliada a estas entidades, debidamente indexados.
- **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, sin perjuicio de los periodos descritos en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, **deberán devolver los conceptos allí descritos y los ordenados en esta providencia, percibidos durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas administradoras.**

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** los literales A y B del numeral **SEGUNDO** de la sentencia estudiada, en cuanto dispuso el traslado de los aportes destinados al **Fondo De Solidaridad Pensional**, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión apelada y consultada.

**CUARTO:** Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA      LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL