

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-010-2022-00142-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen. - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 017

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° 003 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las apoderadas judiciales de la **DEMANDANTE** y **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la *Sentencia del 22 de enero de 2024*, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad del traslado que realizó desde el RPMPD al RAIS, disponiéndose la afiliación al primero administrado por **COLPENSIONES**. **2)** En consecuencia, solicitó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 1 de abril de 2022, junto a los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las sumas resultantes.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que alcanzó la edad de 57 años el 30 de marzo de 2022. Seguidamente, indicó que si bien está afiliada en materia de pensiones a **PORVENIR S.A.**, ha solicitado en reiteradas ocasiones su traslado al RPMPD, sin obtener un resultado positivo en dicho trámite.

En ese sentido, expuso que a la hora de vincularse a la AFP descrita, no recibió una correcta asesoría de aquella, pese a que dentro de sus obligaciones estaba la del buen consejo, omitiendo ponerle de presente las consecuencias que conllevaría su traslado de régimen pensional, situación reflejada en la diferencia existente en lo que concierne a la mesada que recibiría en cada uno de los regímenes, dado que en el RAIS es inferior a la que corresponde en el RPMPD, en donde podría llegar a tener una pensión de \$3.164.007.

A partir de lo anterior, anotó que existió una falla en el servicio respecto de las obligaciones a cargo de ambas demandadas, en tanto no fue informada de manera eficaz, oportuna, clara y expresa lo atinente a los derechos que perdería al trasladarse de régimen, debiendo entonces restituirse todo al estado inicial, es decir, regresar nuevamente al RPMPD.

En concordancia con lo anterior, adujo que la reclamación administrativa quedó agotada con las solicitudes presentadas a las integrantes de la pasiva (f. 1 a 5 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACIÓN Y PERJUICIO PADECIDO; INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 01 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005; IMPROCEDENCIA DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; FALTA DE LIGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; COMPENSACIÓN; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 3 a 34 Archivo 09 ED).

De otra parte, **PORVENIR S.A.** expuso que la afiliación de la demandante a esta entidad fue producto de una decisión libre y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, para lo cual medió el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en las normas vigentes de la época. 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. 2 a 22 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia del 22 de enero de 2024, el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** ineficaces los cambios de sistema pensional que efectuaron **ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR** identificada con la cédula 43.085.221 (...); al afiliarse al RAIS provenientes del RPM; en consecuencia, **DECLARAR** que aquellos han permanecido afiliados sin solución de continuidad al RPM administrado hoy por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** en los procesos 2022-00142 de la señora **LOPERA ESCOBAR** y (...), a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a **COLPENSIONES** la totalidad de la cuenta de ahorro individual de los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de los accionantes con sus rendimiento frutos e intereses, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, elementos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

(...)

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir de **PORVENIR S.A.** (...) los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en las historias laborales de los demandantes, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el Régimen de Ahorro Individual y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente cotizadas para el futuro reconocimiento de prestaciones económicas que lleguen a causarse. En el proceso 2022-00142 condenar a **COLPENSIONES** a liquidar y pagar la pensión de vejez a **ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR** de conformidad con los requisitos del sistema general de pensiones, una vez acredite su retiro del sistema o a partir del día siguiente a la última cotización,

con base en los lineamientos expuestos en la parte motiva, indexando el retroactivo que se obtenga y realizando de él los descuentos con destino al Sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones, específicamente no probada la de prescripción, las demás implícitamente resueltas.

QUINTO: CONDENAR en costas en esta instancia, en cada uno de los procesos a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de los demandantes. Se fijan como agencias en derecho un SMLMV de 2023, a cargo de cada una, y en favor de cada uno de los demandantes. (...)”.

Para arribar a esta decisión, el Juez de primer grado consideró que, para resolver el conflicto debía acudir a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993, 720 de 1994, la Ley 795 de 2003 y la Ley 1328 de 2009, así como al precedente jurisprudencial sobre la temática, iniciada desde 2008 y consolidada en providencias recientes como la SL4297-2022, SL4322-2022, SL3465- 2022 y SL610-2023, de donde se advierte que las afiliaciones a las AFP deben realizarse de manera libre e informada, siendo deber de estas entidades estudiar las circunstancias particulares del ciudadano, a efectos de establecer si ello es conveniente o no, llegando incluso a desanimarlo de vincularse, para lo cual deberá explicarle la condiciones de acceso a la pensión en uno y otro régimen, la distribución de los aportes, el cálculo de las prestaciones, así como los tipos de pensión en el régimen privado; en fin, todas las características de cada uno de estos y sus diferencias, incluyendo el derecho de retracto.

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

Acto seguido, expuso que de no encontrarse demostrado el cumplimiento del deber de información, se genera la ineficacia del traslado con efectos *ex tunc* o desde siempre, cuya procedencia no está sujeta a prescripción alguna mientras la persona tenga la condición de afiliada, lo que da lugar a reestablecer las circunstancias al estado original, como si el traslado no hubiere ocurrido, conclusión que da lugar a la devolución de todo lo recibido por la AFP con ocasión de la afiliación del ciudadano, incluidos los aportes, frutos e intereses, los gastos de administración, valores relativos a las primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados, a fin de que **COLPENSIONES** pueda financiar las prestaciones a que hubiere lugar.

En ese sentido anotó que, la obligación en comento no logra acreditarse con el formulario de afiliación, como quiera que estos no contienen la voluntad informada, punto al que aunó, que, dada la ineficacia de la afiliación, no es oponible la prohibición de traslado contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (SL4205-2022). A esta altura, recordó la obligatoriedad de acatar el precedente jurisprudencial, y las posibilidades para apartarse de este, que no se daban en el particular (C-539 de 2011).

Con base en todo lo expuesto, explicó que en el *sub-júdice* no se aportaron elementos de convicción que permitieran verificar el cumplimiento del deber de información en cabeza de **PORVENIR S.A.**, debiendo declararse la ineficacia del traslado con las consecuencias económicas anotadas, destinándose su afiliación a **COLPENSIONES**.

Frente al reconocimiento del derecho pensional, dijo que esta pretensión debía resolverse a la luz de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, precisando que la demandante cumplió 57 años para el año 2022, y acreditó un total de 1.364 semanas, lo cual da lugar a causar el derecho pensional. A renglón seguido, anotó que el disfrute de la prestación debía fijarse desde el día en que acreditara el retiro del sistema, como lo disponen los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, ya que a la fecha de contestación a la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, la citada se encontraba como cotizante activa, disponiendo igualmente que **COLPENSIONES** liquidara la prestación base en lo dispuesto en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, con derecho a 13 mesadas anuales. Autorizó a la demandada a descontar los aportes en salud, y ordenó la indexación del retroactivo a que hubiere lugar.

En ese sentido, aclaró que no procedía la mora, dado que la obligación de **COLPENSIONES** surge por virtud de la declaratoria de ineficacia concluida en la sentencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** apeló la decisión en punto del reconocimiento de la pensión, para lo cual señaló acreditó como última cotización el 1 de abril de 2022, fecha en la que, anotó, se comenzó a generar el pago del retroactivo de la pensión, aunado a la procedencia de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en virtud del retardo en la generación de las mesadas.

Por su parte, el apoderado de **PORVENIR S.A.** también reprochó la sentencia argumentando frente a la ineficacia declarada, que la actora suscribió un formulario de afiliación, con el que se puede constatar que el traslado se dio de manera libre y voluntaria, motivo por el que no es dable aplicar las sanciones de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en la medida que de parte de su representada no hubo coacción a la accionante para la escogencia de régimen en el año 2001. Indicó que el formulario de afiliación cumplió con todos los requisitos para entenderlo válido, y la suscripción de este estuvo antecedida de la asesoría brindada por el personal de la AFP, en donde fue ilustrada sobre características propias del RAIS, pese a que haya sostenido en su interrogatorio no recordarlo.

Agregó que la motivación de la demandante para iniciar el presente proceso no radica en inconformidad sobre cómo se dio su vinculación o la administración de sus recursos, sino basada en el incumplimiento de una expectativa frente al monto pensional, aspecto que no puede ser entendido como una falta al deber de información, máxime que para la época del traslado no era obligatorio realizar una proyección sobre la futura mesada.

Así mismo, anotó que el acto del traslado se direcciona al querer del afiliado de cómo quiere que sean administrados los recursos y no en cuanto será el monto de la mesada pensional, pues ello desconocería los propósitos de la creación del sistema general de pensiones. Agregó igualmente que la demandante no cumplió con el deber mínimo de diligencia tras no realizar preguntas a la hora del traslado y no actualizó sus datos a efectos de que hubiere recibido información de parte de la AFP.

Que en el evento de mantenerse la decisión, se revoque la orden de devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional, deducciones realizadas en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en lo que respecta a las primas de seguros, fueron pagadas de buena fe a una entidad aseguradora para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. En cuanto a lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, expresó que ello es un beneficio pensional, y en tal evento, deben ser tomados del fondo como tal a efectos de ser devueltos a **COLPENSIONES**, y no con cargo a sus recursos. Adujo que no es viable la indexación ordenada, por cuanto en el RAIS se generaron rendimientos no producidos en el RPMPD, y que podrían compensar el fin de la actualización, ya que, de no ser así, se generaría una doble condena con el consecuente enriquecimiento sin causa en cabeza de la entidad pública.

Por último, pidió revocar la condena en costas, tras considerar que su representada siempre actuó de buena fe y en cumplimiento de la normativa aplicable para la época de los hechos.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó alegatos reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de primer grado (Archivo 04 ED Tribunal).

La apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho en su recurso de alzada, en lo concerniente a 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 No. 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. Así mismo resaltó que, hubo un incumplimiento de los deberes a cargo de la demandante, dado que no realizó comparaciones entre los regímenes, y tampoco formuló preguntas al momento de suscribir el formulario de afiliación, o a través de los canales de información dispuestos por esta entidad.

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que ha sido cumplida plenamente, y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, por la indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 03 ED Tribunal).

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna.

Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 a 167 CGP.

Señaló como improcedente la pretensión de traslado, por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad pensional, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en riesgo con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo establecido en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva integralmente todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora (Archivo 05 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 **ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR** nació el 30 de marzo de 1965, conforme lo muestra la copia del documento de identidad visible a folio 6 Archivo 01 ED.
- (ii) Que la citada se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó cotizaciones entre 1991 y 1992 (f. 63 a 69 Archivo 12 ED).
- (i) Que el 22 de marzo de 2001 la actora suscribió formulario de afiliación a la AFP **PORVENIR S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 37 a 39 Archivo 10 ED).
- (ii) Que el 5 de abril de 2022 la accionante solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera como ineficaz su traslado al RAIS, petición negada en comunicación de la misma fecha (f. 20 a 22 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 pudiere 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 **PORVENIR S.A.** (f. 39 Archivo 10 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, contrario a lo esbozado por el mandatario de **PORVENIR S.A.**, salta de bulto en el actual litigio la carencia de 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, pues si bien se practicó interrogatorio de parte a la accionante (Min. 31:19 a 46:26 Archivo 20 ED), no logra extraerse confesión alguna que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el 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 **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 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).

Sobre este último aspecto, en contravía de lo argumentado pro el apelante pasivo, 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 debidamente indexados por las AFP **PORVENIR 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 la AFP **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado en la alzada, si bien 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 traslado de estos recursos una vez se produce la selección de régimen pensional, no puede pasarse 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.

Resaltándose que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, 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 por 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 deben 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).

Así mismo, arguyó en la alzada el fondo privado que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración* es incompatible con la devolución de los *rendimientos*, lo que podría comportar una doble erogación.

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo argüido por la recurrente, que no resulta discordante la condena a ambos conceptos, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero 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), y está fijada sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se causaron los rendimientos.

Se precisa en relación con los *rendimientos*, que estos se generan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal; 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 también comprenden las cotizaciones efectuadas al RAIS, y sobre los que ningún rédito adicional se genera, 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 generaron unos *rendimientos*, que además se estipulan como un imperativo legal, disponiéndose incluso por el legislador un importe mínimo para este efecto, 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** habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí 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**, 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

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

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

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

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

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

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En lo atinente al segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, advierte la Sala que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 29 años de edad, habida consideración que nació el 30 de marzo de 1965 (f. 6 Archivo 01 ED), y de otro lado, de acuerdo con el certificado laboral vertido a folios 63 a 69 Archivo 09 ED, a corte el 1º de abril de 1994, la promotora de la acción solo tenía en su haber 60,14 semanas cotizadas, que representan menos de los 15 años 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 **ADRIANA MARÍA LOPERA ESCOBAR** cumplió los 57 años de edad el 30 de marzo de 2022, y acumuló para ese momento un total de 1.360 semanas, de las 1.364 reportadas en su historia laboral (f. 40 a 50 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, pese a los esfuerzos argumentativos de la parte accionante, de la relación de aportes vertida a folios 40 a 50 Archivo 10 ED se observa que la demandante aún viene vinculada como afiliada activa, esto es, no existe reporte de novedad de retiro, circunstancia a la que se suma que en su interrogatorio la señora **ADRIANA MARÍA** aceptó continuar activa laboralmente como “*directora comercial de una empresa de ingeniería de tratamiento de aguas*” (Min. 31:19 a 46:26 Archivo 20 ED), acertando el Juez primigenio al concluir entonces que el disfrute del derecho surge a partir de la desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

En ilación con lo antedicho, procedía impartir a la entidad la orden atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la accionante, una vez acredite 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.

En virtud de lo anterior, resulta claro que no hay lugar al reconocimiento de los intereses perseguidos por la demandante, tal como quedó definido en la sentencia estudiada, por cuanto fue solo hasta el fallo judicial que surgió el deber a cargo de **COLPENSIONES** de proceder con el reconocimiento pensional, por lo que no se le puede endilgar una conducta omisiva que dé lugar a la remuneración moratoria.

Ante esa intelección, 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). Igualmente debe confirmarse la autorización de la entidad a que del retroactivo a cancelar descuenta lo correspondiente por aportes en salud, tal como quedó definido en la sentencia de estudiada.

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** frente a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo alegado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición, justamente está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primer grado. Sin costas en esta instancia dada la falta de prosperidad de los recursos presentados.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la *Sentencia del 22 de enero de 2024*, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL