

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	EMILSE MARGARITA ISAZA ÁLVAREZ
DEMANDADO	AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 008 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 007 2020 00081 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 060 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado – persona que ya había retornado al régimen de prima media con prestación definida y se le reconoció indemnización sustitutiva. Por ineficacia recupera régimen de transición y adquiere derecho a pensión, compensando lo pagado, indexado.
DECISIÓN	confirma

Hoy, **veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación formulado por los apoderados de la **demandante, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, y grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por **Emilse Margarita Isaza Álvarez**, código de radicado único nacional 05001 3105 **007 2020 00081** 01.

Auto: de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico se le reconoce personería jurídica al Doctor Jorge Enrique Martínez Sierra para que continúe representando los intereses de Porvenir S.A.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado virtualmente en acta N°. **010**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide la demandante se declare la ineficacia su afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., al haber obedecido a un vicio en su consentimiento al cual se indujo en consideración a la falta al deber de información, y se le tenga entonces válidamente afiliada, sin solución de continuidad al RPMPD administrado por COLPENSIONES, así como que se indique que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, con pago de mesadas ordinarias, adicionales, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 e indexación. Pide también se condene a Porvenir S.A. a cancelarle indemnización por perjuicios. Finalmente solicita costas procesales.

En sustento de ello afirma que, nació el 3 de febrero de 1958, por lo que, para el 1 de abril de 1994, contaba con 36 años; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 8 de mayo de 1987, estando en dicho fondo hasta el 1 de abril de 2001, cuando se hizo efectivo su traslado al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., entidad a la cual se afilió, al ser abordada por una asesora que sin brindarle explicación de su situación particular, sin presentar una proyección pensional, sin exponerle la oportunidad del derecho de retracto, sin darle a conocer las ventajas de su traslado, ni hablarle de la pérdida del posible beneficio de la transición, le realizó dicha inscripción, pues, de habérsele informado sobre las

desventajas, como que su pensión estaría supeditada al capital de la cuenta de ahorro individual, no hubiera firmado el formulario; que se trasladó a Colpensiones a partir del 1 de marzo de 2004, reconociéndosele por medio de la Resolución GNR212649 del 24 de agosto de 2013, indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que de haber permanecido en el RPMPD se hubiere podido pensionar bajo el régimen de transición, pues, al 1 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, al 29 de julio de 2005, con más de 750 semanas de cotización y el 03 de febrero de 2013, con 55 años y 500 semanas en los 20 años anteriores; que el engaño del que fue víctima le ha generado constantes preocupaciones y desazones, sumado a que su traslado le ocasionó un perjuicio patrimonial el cual debe ser indemnizado; que solicitó ante Colpensiones las pretensiones que hoy reclama.

En auto del 27 de febrero de 2020 se admitió y ordenó dar trámite a la acción, debidamente enteradas de tal actuación las entidades demandadas allegaron escritos de respuesta así:

Colpensiones, acepta la fecha de nacimiento de la actora, la de afiliación al régimen de prima media con prestación definida hasta el 2001 cuando se vio interrumpida con el traslado efectuado a la AFP Horizonte S.A., el retorno a Colpensiones el 1 de marzo de 2004, y el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, frente a los demás supuestos de hecho esgrime que no son ciertos o no le constan, al desconocer las omisiones o acciones realizadas por la AFP del RAIS. Indica que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición al haber incurrido en la causal establecida en el inciso 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al carecer de fundamentación fáctica y legal, al no haber incumplido la entidad ninguna obligación legal, por cuanto la afiliación se realizó en debida forma, siguiendo lo establecido en el artículo 2 de la Ley

797 de 2003, adicional a que obra formulario con el cual se demuestra que no hubo constreñimiento alguno al momento de trasladarse de régimen, por lo que la decisión de la actora fue libre y espontánea, desfigurándose así un posible vicio del consentimiento. Adicionalmente reitera que la actora perdió el régimen de transición.

Finalmente propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para pedir- perdida del régimen de transición, inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen, inversión de la carga dinámica de la prueba, errona interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., desconocimiento del precedente judicial en los fallos de ineficacia de traslado de régimen pensional, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado, devolución de la totalidad de los aportes debidamente indexados, buena fe, prescripción e innominada.

La **AFP Porvenir S.A.**, manifiesta no constarle ninguno de los hechos expuestos o no ser ciertos, indicando que a la actora se le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también le informaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el RAIS, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscripción del formulario fue producto de una decisión libre, espontánea, e informada. Nunca se le omitió ningún detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, al brindársele la asesoría pertinente, para que decisión fuera voluntaria e informada para la suscripción del formulario de afiliación, razón por la

cual el traslado se considera válido, garantizándosele por demás el derecho al retracto. Se opuso a la prosperidad de la pretensión de ineficacia al considerar que la afiliación estuvo precedida de una decisión libre e informada. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el **Juzgado 07 Laboral del Circuito**, en la que según el audio, al no coincidir de manera literal con el acta, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD a la AFP Porvenir S.A., por falta de consentimiento informado, estableciendo que se encuentra válidamente vinculada al RPMPF, sin solución de continuidad, asistiéndole derecho al reconocimiento y pago de la pensión por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle la suma de \$33.603.208,00 por concepto de retroactivo comprendido entre el 14 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2020. A partir del 1 de enero 2021, la entidad le seguirá reconociendo una mesada pensional del mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, sin perjuicio de los incrementos de Ley. Dispuso la indexación de las condenas, y el descuento, del retroactivo, de los aportes a salud. Declaró probada la excepción de compensación, y parcialmente la de prescripción. Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A.

Argumentó la falladora que el punto de partida para el análisis del asunto planteado es la selección libre y voluntaria de régimen pensional en los términos del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, debiéndose considerar para el análisis del mismo, lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1688 de 2019, esto

es, primero, que el deber de información se encuentra a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones, lo cual, se establece cuando el afiliado sabe a plenitud las consecuencias de sus decisiones, segundo, que es a los fondos privados a los cuales les corresponde probar el cumplimiento de este deber, al representar los afiliados la parte débil de la relación contractual, sin que se haya demostrado el cumplimiento de tal deber por parte de la AFP Horizontes S.A., hoy Porvenir S.A., pues, no se le explicaron a la actora las diferencias entre los regímenes, ventajas y desventajas, los requisitos para pensionarse, no se le ilustró sobre la pérdida del derecho de transición, y si bien fue por asesoría de la misma AFP que la misma retornó al RPMPD, también lo es, que para el caso, no se probó que para el momento de la afiliación se hubiere suministrado una información clara, oportuna y veraz, disponiendo que el retorno que había realizado la actora en el 2004 se había dado sin solución de continuidad, y en consecuencia, no había perdido los beneficios del régimen de transición, reconociéndole la prestación bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al tener 900,97 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, en una mesada mínima legal, en razón a 14 al año, y a partir del 14 de enero de 2017, al haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción al presentarse la reclamación el 14 de enero de 2020, y la demanda instaurarse el 17 de febrero de la misma anualidad, calculando el valor del retroactivo en la suma de \$44.804.024, al que le dedujo lo cancelado por indemnización sustitutiva, arrojando un valor a cancelar de \$33.603.208,00, monto que debe ser indexado al momento efectivo del pago y sobre el cual se deben realizar los descuentos a salud. Condenó en costas única y exclusivamente a cargo de Porvenir S.A. absolviendo de las mismas a Colpensiones.

No ordenó devolución de concepto alguno por parte de Porvenir S.A., a Colpensiones, pues, al momento de la actora retornar al RPMPD se

trasladaron todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos.

Negó la indemnización de perjuicios reclamada al haber procurado Porvenir S.A., reparar el error con una nueva asesoría, la cual, permitió que la actora retornara al régimen público a fin de lograr una mejor pensión.

Recurso de apelación. Fue oportunamente interpuesto por los apoderados de las partes, así:

Demandante, solo en lo relativo a la indemnización de perjuicios pretendida. Precisa que el artículo 4º del Decreto 656 de 1994 establece la responsabilidad de las administradoras del RAIS por los perjuicios que por culpa leve ocasionen al afiliado con el traslado, los cuales se advierten para el caso, en tanto, se le prestó una indebida asesoría y con le ocasionó el perjuicio de no poderse pensionar en la forma y con los requisitos en que tenía la oportunidad de hacerlo en el régimen de prima media con prestación definida, calculando el valor a cancelar por su pretensión en la suma de \$73.175.866,00, lo cual comprende el retroactivo que no se le canceló desde que cumplió los requisitos hasta el 31 de diciembre de 2020.

Porvenir S.A., solicita que la condena en costas sea compartida con Colpensiones, puesto que en los términos del artículo 365 del C.G.P estas se imponen a quien es vencido en juicio, y para el caso, se le cargó a esta entidad la obligación de cancelar la pensión de vejez, en cambio, en contra de Porvenir S.A., no hay ninguna condena.

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia en lo concerniente al reconocimiento de los beneficios del régimen de transición, al haberlos

perdido la actora con el traslado que efectuó del RPMPD al RAIS tal y como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en sus incisos 4 y 5, y lo establece la Corte Constitucional, al indicar que solo recuperan dicha prebenda las personas que tenían 15 años de servicio al 1 de enero de 1994, sin que la actora acredite dicho supuesto.

Afirma que este tipo de procesos genera una inestabilidad jurídica y económica a Colpensiones, pues, bajo el principio de buena fe, entiende que la AFP privada entregó una buena asesoría y por ello el afiliado decide trasladarse, no pudiendo ahora, con más de 15 años, pretender se declare una ineficacia de una afiliación, y con ello se le reconozca la pensión, máxime cuando se trata de una persona que se encuentra retirada del sistema al habersele concedido la indemnización sustitutiva.

Finalmente, y en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita se condene a Porvenir S.A. a trasladar las cuotas de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

De la oportunidad para presentar alegaciones, hizo uso **Colpensiones**, indicando que el juzgamiento de la conducta de los fondos privados con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la futura prestación al declararse la ineficacia, lo cual genera un desequilibrio financiero, adicional a que solo le es posible retornar al régimen a la persona que esté en el fondo privado, cuando la misma tenga 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sin que la parte hubiese hecho uso del derecho al retracto dentro de la oportunidad legal establecida para ello. En caso de confirmarse la decisión solicita la devolución de las cuotas de administración, del seguro

previsión y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Aduce que no es viable reconocerle la pensión a la actora al haber perdido el régimen de transición con el traslado efectuado al fondo privado, esgrimiendo que en caso de concederle la misma, se debe ordenar la compensación de las sumas canceladas.

Porvenir S.A., indica que en el asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte actora, pues, no se allegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz, y si lo que pretendía era darle aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la misma contempla como sanción una multa administrativa, y si bien menciona que la vinculación queda sin efecto, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere u aproxima a lo establecido en el artículo 1740 y ss, y ello es así, por la inescindibilidad de la norma. Adicionalmente indica que el artículo 899 del C.C., tampoco opera para el caso, y que a la atora se le garantizó el derecho al retracto con la publicación que se realizó en el diario el tiempo el 14 de enero de 2004.

Finalmente indica que para el caso no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuando ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que emitir condena por otro concepto, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero, a más que la superintendencia en concepto de 2020, indicó en forma expresa que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que tampoco proceda la devolución de la prima de

seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

son hechos debidamente acreditados en los autos y no ameritan discusión: que la señora Emilse Margarita Isaza Álvarez, nació el 3 de febrero de 1958 (fls. 16 y 17), vinculándose al ISS hoy Colpensiones el 8 de mayo de 1987, con traslado al RAIS a través de la AFP Horizonte S.A. el 5 de febrero de 2001 (fls. 32 y 133), retornado al régimen de prima media con prestación definida el 28 de enero de 2004, tal y como consta en el SIAF y en el certificado emitido por Porvenir S.A. (fls. 31, 132 y 134); que según historias laborales la actora cuenta con un total de 946,14 semanas cotizadas (fl. 20 a 23 y 94 a 97); que el 24 de mayo de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, siéndole reconocida en Resolución GNR 212649 del 24 de agosto de 2013, en cuantía de \$11.200.816,00 teniendo en cuenta 918 semanas (fls. 38 a 40); que el 14 de enero de 2020, peticionó ante Colpensiones la declaratoria de ineficacia de la afiliación y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (fls. 41 a 44).

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de Colpensiones, en el evento de llegarse a la misma conclusión de la primera instancia, se establecerá si es posible establecer que con el retorno realizado en el 2004 al régimen de prima media no perdió los beneficios del régimen de transición. Se definirá también lo relativo al

reconocimiento de la pensión de vejez, la indemnización de perjuicios materiales reclamados por la señora Margarita Isaza, la posible devolución de cuotas de administración por parte de Porvenir S.A. y la condena en costas.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, en la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera el cumplimiento de tal exigencia y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, sin que se convalide por actuación o reasesoría posterior, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de

carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Contradictorias y carentes de sustento probatorio resultan las afirmaciones de la AFP Porvenir S.A., en tanto, si bien indica que a la actora se le brindó una debida asesoría al momento de efectuar el traslado, también lo es, que no prueba que hubiese suministrado una información adecuada, concreta y oportuna, pues, incluso al contestar el escrito de demanda advierte que no le consta ni la fecha de nacimiento ni la vinculación al extinto ISS, luego es claro que no se efectuó por esta AFP estudio particular de la situación frente al sistema pensional, porque ello no es posible sin conocer la data del nacimiento y las particularidades de dicha afiliación, máxime cuando ella genera el reconocimiento de un bono pensional, y para el caso, el beneficio de la transición, sumado a que la ilustración brindada no se puede desprender de la suscripción del formulario de afiliación, tal como se ha explicado insistentemente por la jurisprudencia especializada en pronunciamientos que se condensan en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020, así:

¿El deber de información se acredita con la suscripción del formulario?

Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Así, en sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte adoctrino:

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017 y CSJ SL4964-2018 señaló:

A juicio de esta Sala no podría argüirse 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.

En idéntica dirección, en fallo CSJ SL19447-2017 refirió:

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.

[...] De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Finalmente, en sentencia CSJ SL1452-2019, se consolidó que:

[...] el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Precisando:

... el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como parece entenderlo de manera equivocada el Tribunal encausado. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1.º, artículo 97 del Decreto 663 de 1993), premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

Véase igualmente y con postura más reciente la sentencia SL145 de 2021.

Brillando por su ausencia prueba de la asesoría completa y detallada, brindada a la actora al momento de su traslado, lo que conlleva afirmar que no manifestó un consentimiento informado para tal efecto, pues estaban en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición y, de contera, la posibilidad de acceder a la pensión de vejez,

explicándose en la línea de la jurisprudencia especializada que tal información está a cargo de la administradora de pensiones, como entidad que presta servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes».*

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica, y sus efectos son idénticos a los de la nulidad – vuelta al estado anterior, lo que trae como consecuencia y contrario a lo expuesto por Colpensiones en el recurso de alzada, que la actora no perdió el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 36 años de edad al 1 de abril de 1994.

Ahora, no se discute que la señora Margarita retornó al ISS hoy Colpensiones -donde continuó efectuando cotizaciones-, por lo que se pasa a analizar lo concerniente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, definiendo para ello si la demandante conservó los beneficios del

régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en ese aspecto, **se estableció que nació el 03 de febrero de 1958**, por lo que al 1º de abril de 1994, fecha en la que entro en vigencia el sistema general de pensiones para el sector privado, contaba con 36 años de edad; estableciéndose al analizar las pruebas allegadas en el expediente, esto es, las historias laborales de Colpensiones, que contabilizando el tiempo aportado la demandante acredita un total de **946,14 semanas** al 31 de diciembre de 2006, por lo que a la fecha de entrada del acto legislativo 01 de 2005, cuenta más de 750 semanas, resultándole aplicable lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para hacerse acreedora a la pensión de vejez al haber extendido el régimen de transición hasta el 2014, luego, al haber efectuado cotizaciones por más de 500 semanas en los 20 años anteriores a la edad, esto es, entre el 3 de febrero de 1993 y el mismo mes y año de 2013, para ser exactos, **693,61 semanas** y haber acreditado los 55 años, el 3 de febrero de 2013, procedente resulta tal y como lo indicó la juez de instancia, conceder la prestación en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 14 de enero de 2017, al haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción en los términos del artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y la S.S., en tanto, la prestación se causó cuando la actora arribó a los 55 años, 2013, pero reclamó el 14 de enero de 2020, e instaurando la demanda el 17 de febrero de la misma anualidad. Dicha prestación se reconoce en razón a 13 mesadas al año dada la fecha de causación -2013- y lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, *"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año"*, punto en el que se modifica la decisión de instancia al igual que el valor a cancelar por retroactivo entre el 14 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 202, el cual asciende a **\$ 41.598.819**, dicha

suma debe ser actualizado mediante el mecanismo de la indexación y del mismo y sobre la mesada ordinaria se debe realizar el descuento de los aportes a salud.

Ahora, del valor del retroactivo se debe descontar debidamente indexado lo cancelado por concepto de indemnización sustitutiva, punto en el que se modifica la decisión, ello en tanto, no se advierte incompatibilidad alguna entre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el otorgamiento de la pensión de vejez la cual cubre de manera más amplia la contingencia derivada del acontecer de los años, a más que no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, al poderse deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización, y con ello asegurar que los aportes financien solamente una prestación. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 35896 de 2009 señaló: *"La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones"* tesis que ha sido acogida por la Corte Constitucional entre otras en las sentencias T-596 de 2016, T-002A de 2017 y T -207A-2018.

Es de advertir, que para el caso está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales incluyen los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante el tiempo de permanencia de la demandante, los que, según se expuso en

las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, SL9464-2018, SL4989-2018 SL1421-2019 y SL1689-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, en tal sentido, se condenará a la AFP accionada a la devolución de estos dineros, debidamente indexados, restitución que ordenan se deben realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, artículo 16 Decreto 692 de 1994.

En lo atinente a la **indemnización de perjuicios** que de la AFP reclama la demandante con fundamento en el 4º del Decreto 656 de 1994, indicando que los mismos se encuentran respaldados en las mesadas dejadas de recibir desde la fecha de causación de la prestación, es de advertir, que si bien la declaratoria de ineficacia no prescribe, la indemnización no corre la misma suerte, pues la ineficacia al ser una cuestión inherente al derecho a la seguridad social en pensiones no está sujeta a término extintivo, pero tal subregla no se extiende a la acción para reclamar perjuicios derivados de la responsabilidad contractual; luego, como el acto de traslado del que se pretende derivar la indemnización se suscribió el **05 de febrero de 2001**, para la fecha de presentación de la demanda 17 de febrero de 2020, se encontraba superado con creces el término dispuesto por el art. 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la Ley 791 de 2002, razón por la que esta súplica no prospera.

Finalmente, frente a la inconformidad relacionada con la no **condena en costas** a Colpensiones, es de indicar que dicha solicitud carece de sustento si se tiene en cuenta que para el caso se analizaron los efectos del traslado realizado por la actora al fondo privado, debiéndose vincular al trámite al fondo público con el fin de hacerle oponible los efectos de esta decisión, porque su consecuencia es el retorno al régimen de prima media administrado sin la pérdida del régimen de transición, resultando vencida para este caso la AFP del RAIS.

Ante el resultado adverso de los recursos interpuestos, no hay lugar a imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **modifica** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Emilse Margarita Isaza Álvarez** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensione**, así:

Modifica el numeral cuarto, el cual quedara así: se condena a Colpensiones a reconocerle y pagarle a la señora Emilse Margarita Isaza, la suma de \$41.598.819, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 14 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2020. A partir del 1 de enero de 2021 la mesada asciende al mínimo legal mensual vigente, sin perjuicio de los aumentos de ley, y en razón a 13 al año. Sobre el valor a cancelar por retroactivo se autoriza la deducción de lo reconocido por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada.

Adiciona la sentencia, para CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora, restitución que se debe realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión

En lo demás de confirma la decisión revisada atendiendo lo expuesto en la parte resolutoria contenida en el audio y no en el acta, al no coincidir plenamente.

Sin costas en esta instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 054** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **05 de abril de 2021.**

Secretario

RETROACTIVO PENSIONAL					
Año	IPC	# mesadas		Valor pensión (mínimo)	Total Retroactivo (mínimo)
2016	5,75%			\$ 689.454	\$ 0
2017	4,09%	12,56		\$ 737.717	\$ 9.265.726
2018	3,18%	13		\$ 781.242	\$ 10.156.146
2019	3,80%	13		\$ 828.116	\$ 10.765.508
2020		13		\$ 877.803	\$ 11.411.439
TOTAL					\$ 41.598.819