Radicación n° 65791

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada Ponente

SL1689-2019

Radicación n° 65791

Acta 16

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso JOSÉ BENITO ZÚÑIGA PINO contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario que adelanta contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

Se acepta el impedimento presentado por el magistrado Fernando Castillo Cadena para conocer del presente asunto.

ANTECEDENTES

Con la demanda inicial, el actor pretendió que se declare la nulidad de su afiliación a Porvenir S.A., por existir vicios en su consentimiento. Como consecuencia de ello, pretendió que se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al ISS hoy Colpensiones, y que mantuvo el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo anterior, solicitó que se condene al ISS hoy Colpensiones al pago de la pensión de vejez a partir del 10 de julio de 2010, así como de las mesadas causadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indemnización de perjuicios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos expuso que nació el 10 de julio de 1950; que se afilió al ISS el 11 de febrero de 1978 y realizó aportes hasta el 31 de septiembre de 1995; que a 1.° de abril de 1994 tenía 44 años de edad, pero no contaba con 750 semanas cotizadas; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 1.º de octubre de 1995 y retornó al instituto demandado el 1.° de diciembre de 2002; que, ante este último, presentó solicitud de reconocimiento pensional que fue negado mediante Resolución n.° 63224 de 12 de octubre de 2011, y que sufragó 917.14 semanas al sistema de seguridad social en pensiones, de las cuales 787.85 lo fueron en los 20 años anteriores al 10 de julio de 2010, cuando cumplió la edad de 60 años.

Manifestó que el traslado de régimen de pensiones obedeció a que el asesor que se encargó de realizar tal trámite y con quien suscribió la afiliación a la AFP accionada, le manifestó que: «a) la afiliación a dicho fondo le garantizaría una pensión antes de la edad exigida por el Instituto de Seguros Sociales (...), b) (...) que su mesada pensional sería superior a la que le reconocería en su momento el ISS, c) el ISS iba a ser liquidado estando en riesgo sus aportes en pensión».

Adujo que su afiliación a Porvenir S.A. carece de validez en la medida que no fue informado acerca de la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener una pensión anticipada de vejez, ni de las consecuencias legales y económicas que el traslado le generaría; que, por tanto, la afiliación es ineficaz por vicios en el consentimiento -«error de hecho»-, pues le generó una idea inexacta frente a los requisitos que debía acreditar para el reconocimiento de su prestación pensional y, además, perdió la posibilidad de jubilarse al amparo del régimen de transición dispuesto por la Ley 100 de 1993 (f.° 2 a 25).

Al dar respuesta a la demanda, la administradora de pensiones se opuso a las pretensiones de la misma y aceptó los hechos relativos a la afiliación del actor, las semanas que cotizó a dicho fondo y su posterior retorno al ISS, aunque afirmó que ello tuvo lugar en enero de 2004. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, buena fe, inexistencia de los presupuestos legales para retomar y/o recuperar el régimen de transición, compensación y la innominada.

En su defensa, expuso que el demandante asumió de manera libre y voluntaria la decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad para obtener su pensión de vejez; que frente al error al que se le indujo, únicamente realizó una serie de manifestaciones infundadas relativas a la omisión de información por parte del asesor comercial, sin que ello acredite una conducta maliciosa tal como lo exige el artículo 1516 del Código Civil, y que en el eventual caso que se declare que la vinculación del accionante al RAIS estuvo viciada de nulidad, lo cierto es que tal declaración se encuentra prescrita, pues conforme el artículo 1750 ibidem, «el plazo para pedir la recisión durará 4 años» (f.° 91 a 126).

El Instituto de Seguros Sociales no contestó la demanda (f.° 144).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, en sentencia de 14 de junio de 2013, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra e impuso al actor el pago de las costas procesales (Cd. n.° 2, f.° 168 y 170).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpuso el demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a través del fallo recurrido en casación, confirmó la decisión del a quo y gravó con costas en la alzada al recurrente (Cd. n.°1, fº. 11 a 13 cuaderno del Tribunal).

Para tal decisión, comenzó por señalar que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo constituyen un vicio en el consentimiento y, por tanto, ante la concurrencia de uno de ellos, el contrato es nulo.

En esa dirección, resaltó que la pretendida «nulidad de afiliación» se fundamenta en la existencia de un vicio en el consentimiento consistente en la omisión de información precisa, clara y exacta, que la AFP debió brindarle al afiliado para que este conociera las condiciones y consecuencias del cambio de régimen pensional, pues el asegurado contaba con mayores ventajas en el sistema de prima media con prestación definida, «cuyo abandono sin haber cumplido 15 años de servicios cotizados a abril de 1994, marca la pérdida definitiva del régimen de transición a tono con las previsiones del artículo 36 inciso

4 de la Ley 100 de 1993; sentencias de La Corte Constitucional C- 789 de 2002, C-1020 del 2004, SU 062 del 2010, SU 130 del 2013».

Al respecto, acotó que dado su carácter de «fiduciarias del servicio público de pensiones», las AFP tienen una «responsabilidad de carácter profesional», lo que les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara, sobre las implicaciones de dicho traslado, «sobre todo cuando se encuentran ad portas de adquirir su derecho pensional».

Afirmó entonces que, en tales casos, la carga de la prueba recae sobre quien gravita el deber de suministrar información, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, conforme lo dispone el artículo 1604 del Código Civil.

Luego de tales precisiones, expuso que en el sub lite, se acreditó: (i) que el actor nació el 10 de julio de 1950, por tanto, al 1.° de abril de 1994, contaba con 43 años de edad, y, en principio, era beneficiario del régimen de transición; (ii) que el 11 de septiembre de 1995 suscribió el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A., y (iii) que no satisface los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C-189 de 2002, C-1020 del 2004, la SU 062- del 2010, SU 130 del 2013, para retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, como quiera que a la entrada en vigencia de la ley de seguridad social -1.° de abril de 1994- no contaba con 15 años de servicios.

A continuación, resaltó que conforme el régimen general de nulidades establecido para los actos jurídicos en el Código Civil, el vicio en que eventualmente incurren las AFP al no suministrar información al afiliado, es la nulidad relativa y no absoluta, «dado que con la omisión o la defectuosa información ha inducido en error al afectado», y que, por tanto, las demandas encaminadas a tal fin deben sujetarse a dicha reglamentación; luego, «si el vicio afecta el consentimiento del afiliado a la seguridad social, apenas de manera relativa, por error, fuerza o dolo, el tiempo que dispone para demandar no es ilimitado, sino que se circunscribe a 4 años -artículo 1750 del Código Civil-, contados desde el momento del traslado del fondo, so pena que el vicio quede saneado».

Recalcó que tal postura se dirige a brindar seguridad jurídica a los asociados y al sistema general de seguridad social, «que no podía ser sorprendido con una demanda judicial por hechos que como los acaecidos en el sub lite, se remontan a 1995», pese a la amplia divulgación que han tenido los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Afianzó su posición con la trascripción de una decisión de ese colegiado, de fecha 16 de octubre del 2013 y que identificó con el número de radicado 2012-00632.

Así, concluyó que como quiera que el actor diligenció la solicitud de traslado al fondo privado el 11 de septiembre de 1995, «transcurrieron casi 17 años» sin que manifestara la eventual nulidad de su traslado, y que, por tanto, cualquier vicio del que hubiere podido adolecer tal acto se encuentra saneado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso el demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el accionante que esta Sala case la sentencia recurrida para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula dos cargos que fueron objeto de réplica.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, «los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L. S. S.; 1, 2, 3, 11, 12, 13, 36, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993, 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990). Artículos 48 y 53, 228, 230 de la Constitución Nacional y aplicación indebida de los artículos 1740, 1741, 1742, 1743 y 1750 del Código Civil, en armonía con el 145 del C.P.L. y 20 del C.S. del T.».

Para sustentar el cargo, **aduce que el traslado de régimen pensional es para el afiliado un asunto de suma importancia, en especial para quienes se encuentren inmersos en el régimen de transición, pues de negarse tal posibilidad: (i) deberán pensionarse en una AFP y, para ello, tendrán que acreditar el capital suficiente para acceder a una mesada que se asemeje a sus ingresos, circunstancia de casi imposible cumplimiento «conforme con la estructura de salarios que opera en nuestro País», e (ii) implica la pérdida de otros beneficios como «pensionarse a edades inferiores y en cuantías muy superiores que en el RAIS».**

De tal manera, estima que el derecho a la seguridad social no puede interpretarse con la lógica de los negocios comerciales ni regirse por las normas que les son propias, y que las disposiciones sobre prescripción deben interpretarse de manera «sistemática y teleológica, siempre mirando el fin protectivo» del derecho constitucional a la seguridad social. Resalta, además, que los derechos pensionales son de causación temporal u «obligaciones de tracto sucesivo».

A continuación, reproduce apartes de la sentencia CSJ SL 21378, 18 feb. 2004, y sostiene que la prescripción entendida como medio extintivo de obligaciones y derechos, trae como consecuencia para quien no acude a la jurisdicción en procura de su reclamo o lo hace tardíamente, que no pueda lograr la exigibilidad de aquellos, pues dicho fenómeno castiga la inactividad de quien debía desplegar una conducta.

No obstante, señala que se deben examinar las circunstancias de cada caso en concreto para determinar si hay lugar o no a su declaratoria, con el fin de no sacrificar derechos fundamentales -como obtener una pensión-, pues el simple transcurso del tiempo no siempre conlleva a que el acceso al derecho se vea truncado. De ahí que, insiste, las normas sobre prescripción deben ser interpretadas de manera sistemática y con un criterio finalístico, como lo es, para el caso, la protección estatal a las personas de la tercera edad.

Resalta que la decisión confutada desconoce la naturaleza de irrenunciable del derecho a la seguridad social, contenido en el artículo 48 Superior, en tanto, sin reparar en «las situaciones particulares de la PRETENSIÓN DE NULIDAD DE TRASLADO», declaró la prescripción.

Refiere que para la fecha en la cual «se indujo» el traslado de régimen hacia el fondo privado y suscribió el respectivo formulario de afiliación, no contaba con los elementos necesarios para prever o proyectar hacia futuro, qué tan conveniente era trasladarse de

régimen; luego, le fue imposible determinar el perjuicio que ello le ocasionaría, pues además de desconocer el tema, no fue asesorado correctamente.

Recalca que de acuerdo al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria y que cualquier desconocimiento de tal mandado implica las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 271 ibidem: una sanción pecuniaria para la persona que la infringe y «la nulidad» de la afiliación.

Expone que el fondo accionado quebrantó ese deber de diligencia que le imponía un asunto tan importante para el afiliado, su familia y la sociedad. En esa medida, sostiene que de verificarse la prescripción, se contabilizaría «desde el instante que el actor pudo hacer tangible su decisión por intermedio del mismo fondo», esto es, cuando este le comunique que el saldo de su cuenta de ahorro individual no es suficiente para financiar vitaliciamente la pensión de vejez o cuando se entere que la mesada pensional que le corresponde en ese régimen, será notablemente inferior a la que se le hubiere reconocido en el régimen de prima media con prestación definida. Bajo tal perspectiva, estima que en el asunto no existió inercia del demandante para reclamar y hacer valer su derecho.

Insiste que el artículo 48 Superior establece que la seguridad social es un derecho irrenunciable, no conciliable ni transigible y, por tanto, imprescriptible «lo que de suyo impone, no solo su protección eficaz (...) sino también que se le [dé] un trato diferenciado positivo en aras del rango fundamental que encarna, situación que per se, en principio, lo blinda contra el fenómeno de la prescripción».

Concluye que aun cuando la institución de la prescripción protege la seguridad jurídica, su aplicación no sale avante al enfrentarla en un test de razonabilidad con el derecho a la seguridad social, pues este tiene «un mayor peso constitucional por los valores, principios y derechos que ella encarna». Afianza tal postura con la reproducción de apartes de las sentencias C.Cons. T-853-2010 y T-284-2007.

Como consideraciones de instancia, expone que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección del régimen pensional debe ser libre y voluntaria, esto es, debe estar exenta de dolo, error o fuerza. No obstante, sostiene que la mayoría de los afiliados al régimen de prima media que optaron por trasladase a los fondos privados, lo hicieron sin cumplir tal presupuesto, no por su negligencia o incuria sino por la falta de una asesoría legítima acerca de «la situación fáctica y jurídica de cada uno de esos pretensos afiliados a fin de que se les permitiera proyectar en el tiempo una expectativa legitima pensional, no sujeta a los vaivenes políticos, económicos, sociales y jurídicos como en efecto sucede con el RAIS».

Aduce que la oferta de los servicios o productos por parte de las AFP, las obligaba a observar una debida diligencia no solo por tratarse de un «diálogo entre desiguales en medio de sus diferencias», sino porque la selección del régimen pensional incluye derechos fundamentales como la dignidad humana y la autonomía de la voluntad que estructuran el «consentimiento informado», el cual está íntimamente ligado con el principio «pro homine».

En tal sentido, señala que la carga de la prueba del deber de información se invierte «atendiendo los derechos en juego y las asimetrías que existen entre un operador experto en el tema de administración de portafolios de pensiones y un simple afiliado totalmente

ignorante en un tema que es eminentemente financiero», y debido a que «procesalmente, por las afirmaciones o negaciones indefinidas que se plasma en una demanda así lo imponen».

Expone que, además, la falta de asesoría «hace presumir la mala fe» y su omisión conduce a la ineficacia jurídica de la afiliación. Afirma que tanta relevancia tiene el deber de información que la Ley 1328 de 2009 –cuyos artículos 3.°, 5.° y 11 analiza- de manera expresa le impuso la carga de la prueba a las AFP, que no a los afiliados «que en verdad son la parte más débil en esa relación contractual».

Manifiesta que la simple firma del formulario de afiliación, tramitado por los mismos agentes comerciales de las administradoras de pensiones, «no sugiere indefectiblemente la debida diligencia que se impone», menos un consentimiento informado acerca de las bondades, requisitos y/o condiciones de uno u otro régimen pensional, y concluye:

Como el demandante recupera el régimen de transición, como se ha visto en precedencia, se advierte de la historia laboral que obra en la foliatura (folios 32 a 51) que el asegurado señor JOSE (sic) BENITO ZUÑIGA (sic) PINO, ha laborado en distintas empresas y que cotizo (sic) más de 500 semanas entre los 40 y los 60 años, con lo que se hace merecedor de la pensión en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990).

VII. RÉPLICA DE PORVENIR S.A.

El opositor le enrostra defectos de técnica al cargo, entre ellos, que el recurrente debió censurar el fallo impugnado por la vía indirecta, en la medida que su fundamentación fue eminentemente probatoria, toda vez que estableció que el actor no cumple con los supuestos fácticos indispensables para retornar al régimen de prima media.

Resalta que en el trámite de las instancias no se acreditó que la información brindada por el asesor comercial de la AFP no fue lo suficientemente completa y clara o que existió presión o coacción sobre el demandante para obligarlo a firmar los documentos de traslado, lo que hace imposible verificar la existencia de un vicio en su consentimiento y que, no obstante, de existir algún tipo de nulidad relativa quedó saneada por el trascurrir del tiempo.

Igualmente, sostiene que el cargo carece de una verdadera argumentación, en tanto solo contiene la exposición de «infundadas consideraciones de índole personal».

Adicionalmente, refiere que la teoría relativa a la inversión de la carga de la prueba no cuenta con respaldo legal y/o jurisprudencial alguno, pues afirma que la Ley 1328 de 2009 a que alude el censor, no establecen tal deber, y que como quiera que el artículo 83 de la Constitución Política consagra que se presupone un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares, era el recurrente quien estaba forzado a acreditar que la actuación de la AFP no se ajustó a tal parámetro legal, máxime cuando esta Sala ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

VIII. RÉPLICA DE COLPENSIONES

Aduce el opositor que si bien comparte la teoría de imprescriptibilidad del derecho pensional, lo cierto es que dicha tesis no tiene relación con el caso en debate, pues el problema jurídico que lo originó se relaciona con la nulidad del acto de traslado, por tanto, que las providencias y

argumentos que cita el censor, no resultan pertinentes.

Así mismo, manifiesta que como el recurrente aduce un supuesto vicio del consentimiento, el problema jurídico debe desatarse a la luz del ordenamiento civil, toda vez, que es dicha normativa la que los regula, y señala que cuando logra comprobarse el «error», se genera una nulidad relativa, «la cual es subsanable y su prescripción se configura por el transcurrir de cuatro años, los cuales se cuentan, según las voces del artículo 1750, parágrafo 3, desde la fecha en que se celebró el contrato».

Finalmente, arguye: «si en gracia de discusión se accediera a lo solicitado, tal decisión no puede afectar a COLPENSIONES, por cuanto se trata de un tercero de buena fe, que además no participó en la celebración del acto que ahora se pretende sea declarado nulo».

IX. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que, en este asunto, el recurrente refirió como sustento de su demanda que el fondo accionado incumplió con el deber legal de brindarle información relevante al momento de su afiliación y, por tanto, solicitó que se declare la nulidad de tal vinculación. No obstante, la Corte advierte que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado -artículos 271 y 272 Ley 100 de 1993-; de ahí que, es este, el tratamiento que le corresponde a la Sala darle al examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información.

Superado lo anterior, se encuentran fuera de discusión los siguientes supuestos fácticos, por ser aceptados por las partes y no ser discutidos en las instancias: (i) que el demandante nació el 10 de julio de 1950, por tanto, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 43 años de edad; (ii) que el 11 de septiembre de 1995, se trasladó del ISS a la AFP Porvenir S.A., y (iii) que posteriormente retornó al ISS, entidad que mediante Resolución n.° 63224 de 12 de octubre de 2011 negó al actor el reconocimiento de la pensión de vejez, tras aducir que perdió el régimen de transición por cuanto, pese a que retornó al régimen de prima media, al 1.° de abril de 1994 no contaba con 750 semanas de cotización.

Ahora bien, el Tribunal para confirmar la decisión absolutoria del juez de primer grado, con fundamento en el artículo 1750 del Código Civil, consideró que en el sub lite operó la prescripción toda vez que trascurrieron más de 4 años desde el momento en que el actor «diligenció la solicitud de traslado al fondo privado», sin que alegara «la nulidad» de tal acto, razón por la que concluyó que cualquier vicio del que pudo adolecer su consentimiento, quedó saneado.

Por su parte, el censor disiente de tal determinación, pues básicamente, considera que el derecho a la seguridad social es imprescriptible, por tanto, que la aplicación de tal medio exceptivo no procede frente a la declaratoria de ineficacia de traslado del RPM al RAIS, y que, de aplicarse, son las normas laborales las que rigen el asunto y el término para su declaratoria comienza a contabilizarse desde el momento en que fue «previsible materialmente el perjuicio».

En ese contexto, no le asiste razón a la opositora Porvenir S.A. al afirmar que el censor se equivocó al escoger la vía directa para dirigir su ataque, en la medida que los citados planteamientos que le corresponden dilucidar a la Sala, son de naturaleza eminentemente jurídica, que no fáctica. Luego, el recurrente no incurrió en el error de técnica que se le enrostra.

Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación,

vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones con características, identidad y regulación normativa propia; de ahí que conforme el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, solo está permitido recurrir a las preceptivas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

Ahora, el razonamiento expuesto en la sentencia de segunda instancia, partió de la aplicación de la figura de la prescripción extintiva que, al declararla probada, no permitió que las aspiraciones del accionante prosperaran.

En tal sentido, cabe señalar que la esencia de la prescripción radica en la tardanza en el ejercicio de la acción durante el lapso consagrado en las leyes para tal efecto, lo que hace presumir el abandono del derecho. En otras palabras, el silencio jurídico voluntario del acreedor frente al desconocimiento que de su derecho hace el deudor, configura dicho fenómeno extintivo, cuyo efecto no es otro que la improductividad de la acción tendiente a reclamar el derecho.

Dada tal importancia, dicho fenómeno extintivo fue regulado expresamente en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, que tratan de manera completa y específica todo lo concerniente a la prescripción de las acciones judiciales en esa materia, estableciendo un término trienal para el efecto.

En esa dirección, al no existir un vacío legal sobre la prescripción, es inadecuado acudir a normas civiles a efectos de verificar la forma en que opera, en tratándose de controversias cuyo conocimiento le corresponde a la justicia laboral y de la seguridad social.

No obstante, la positivización de dicha figura jurídica no significa que su aplicación opere de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles.

Precisamente, bajo ese entendido, debe abordarse el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la permanencia o no de un afiliado en cualquiera de ellos –RPM o RAIS- es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social y, por tanto, redunda en cualquier prestación que en materia pensional provenga de aquel.

En otras palabras, por constituir un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional, la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado de régimen debe ser examinada bajo ese propósito.

En efecto, como es sabido, la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta.

Luego, una vez nace el derecho a determinada pensión por el cumplimiento de los presupuestos legales vigentes al momento de causarse se torna irrenunciable, y si bien el beneficiario puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, no puede despojarse de la titularidad del mismo, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación.

En esa dirección, esta Sala ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el trascurso del tiempo, tales como el porcentaje de la misma, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada pensional, su reajuste por inclusión de nuevos factores salariales e, incluso, el reconocimiento de títulos pensionales –bonos y cálculos actuariales- (CSJ SL 23120, 19 de may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSL SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL3937-2018).

En tal sentido, quien no pone en funcionamiento el aparato judicial para reclamar un derecho fundamental e indisponible como la pensión, así como los elementos indisolubles de su estructuración dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, se encuentra habilitado para requerirlo en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción.

Ahora, el principio de seguridad jurídica se cumple cuando las normas se interpretan y aplican correctamente, en aras de que sean consistentes con las demás disposiciones e instituciones compatibles con los valores del ordenamiento jurídico en general y con los criterios jurisprudenciales que rigen el asunto.

De ahí que la realización de tal postulado, no se logra cuando se definen con presteza los conflictos sino, primordialmente, cuando estos son resueltos en los precisos términos normativos, con observancia de las salvedades y reservas que la Constitución y la ley consagran y en amparo de la línea interpretativa dada por la jurisprudencia nacional, de modo que el ciudadano y demás participes del sistema tengan certeza y puedan prever sus condiciones objetivas de aplicación por parte de los jueces.

Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho.

Sumado a lo anterior, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y, a continuación, declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

En torno al punto, esta Corporación en la sentencia CSJ SL 8397, 5 jul. 1996, reiterada en CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347, 6 sep. 2012 y CSJ SL12715-2014, sostuvo que «la acción para obtener la decisión judicial declarativa de que un hecho ocurrió de una determinada manera jamás se extingue por prescripción». De acuerdo con dicha línea no es «aceptable sostener que el sistema legal cierre la posibilidad jurídica de que judicialmente se reconozca después de cierto tiempo la existencia de un hecho del cual dependan consecuencias legales».

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa

consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original).

En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).

Esta misma postura fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019.

En ese orden, el juez de segundo grado incurrió en el error jurídico que le enrostra.

Por lo expuesto, la acusación prospera y, en consecuencia, se casará la sentencia recurrida. Dado tal resultado, la Sala se releva de estudiar el segundo cargo que formula el recurrente, en cuanto comparte similar argumentación e identidad de propósito.

Sin costas en el recurso extraordinario.

1. SENTENCIA DE INSTANCIA

Según advirtió el accionante desde la demanda inicial, el asesor con quien suscribió el acta de afiliación a Porvenir S.A., omitió suministrarle las suficientes explicaciones y datos acerca de las consecuencias que le traería el cambio de régimen pensional, pues en contraposición, le manifestó que la afiliación a dicho fondo le garantizaría una pensión antes de la edad exigida por el ISS y sin cotizar un mínimo de semanas, que su mesada pensional superaría a la que le reconocería en su momento dicho instituto y que este iba a ser liquidado, circunstancia que ponía en riesgo sus aportes a pensión.

Además, la Corte debe destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 11 de febrero de 1978 hasta el 31 de septiembre de 1995, que a partir del día siguiente se trasladó a la AFP accionada, y que nació el 10 de julio de 1950; por tanto, estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1.° de abril de 1993 tenía más de 40 años.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información

sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, Porvenir S.A. no logró demostrar –como le correspondía- que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a Porvenir S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea».

Para la Sala, en realidad, tal documento no corrobora los argumentos expuestos por la AFP accionada, en tanto únicamente da cuenta de la formalidad requerida para el ingreso de un afiliado, sin que de él se pueda advertir que cumplió con los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes.

Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa

pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En efecto, textualmente, la Sala adoctrinó en la sentencia que viene de citarse:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que 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, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho 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 SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió 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».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude 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 modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y 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. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiper regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales

del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión**. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público **información cierta, suficiente, clara y oportuna** que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones,

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias **deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros**, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3.° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, **asesoría** e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, **asesoría** e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el

deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° del artículo 2.° de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.° de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo

2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.

2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.

3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.

4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.

5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema

General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **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** [...].

De esta manera, 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.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al

que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Conforme lo expuesto, la Sala arriba a la conclusión indefectible que Porvenir S.A. no acreditó que suministró al demandante los datos e información suficiente, clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, esto es, no obtuvo su consentimiento informado para tal efecto, pese a que estaban en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición y, de contera, la posibilidad de acceder a la pensión de vejez. De ahí que el actor desconocía las implicaciones que ello significó.

Ahora, no se discute que Zúñiga Pinto retornó al ISS -donde continuó efectuando cotizaciones- y que Porvenir S.A. realizó el traslado del valor existente en su cuenta de ahorro individual; no obstante, al reclamar la prestación de vejez, a través de Resolución n.° 63224 de 12 de octubre de 2011, dicho instituto se abstuvo de concederla porque con su anterior traslado al RAIS, perdió el régimen de transición y, en consecuencia, su derecho jubilatorio no podía ser resuelto a las luz de las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990.

Puestas en ese escenario las cosas, se revocará la sentencia del juzgado y, en su lugar, se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD, lo que trae como consecuencia que el promotor del litigio no perdió el régimen de transición estatuido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 40 años de edad al 1.º de abril de 1994.

Entonces, como es ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual, pasa la Sala a analizar (1) los derechos que surgen de esa declaración y que el actor concreta en el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con el pago de las mesadas atrasadas, los intereses moratorios, la indexación y la reparación de los eventuales perjuicios; (2) otros efectos prácticos que conlleva esa declaración, tales como la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración y, por último, (3) se analizarán las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

1. Pretensiones condenatorias

1.1 De la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, adquirida en virtud del régimen de transición

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 que establece que tienen derecho a una pensión de vejez las personas que cumplan 60 o más años de edad, si se es hombre, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o 1.000 en cualquier tiempo.

Así, conforme la historia laboral visible a folios 42 y 43 y el detalle de pagos obrante a folios 44 a 50, se advierte que el accionante cotizó un total de 917.14 semanas, de las cuales 787.95 lo fueron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, esto es, entre el 10 de julio de 1990 y el mismo día y mes de 2010 -antes del 31 de julio de 2010 fecha máxima para que, quienes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2001 no contaban con 750 semanas de cotización, mantuvieran el régimen de transición-.

Por tanto, con fundamento en el citado acuerdo, el demandante es acreedor de la pensión de vejez a partir del 1.° de abril de 2012, en tanto la fecha de la última cotización, corresponde al 31 de marzo de ese mismo año.

Para efectos de determinar el IBL pensional, se tendrán en cuenta los últimos 10 años de cotización, conforme lo establece el artículo 21 de la de la Ley 100 de 1993, en tanto a la entrada en vigencia de dicha normativa, al actor le faltan más de 10 años para cumplir requisitos pensionales.

FECHAS	N° DE	N° DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO	
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
26/12/1999	31/12/1999	5	0,71	$ 189.168,00	$ 395.701,62	$ 549,59
01/01/2000	31/01/2000	7	1,00	$ 60.690,00	$ 116.223,88	$ 225,99
01/02/2000	29/02/2000	30	4,29	$ 294.780,00	$ 564.515,98	$ 4.704,30
01/03/2000	31/03/2000	30	4,29	$ 260.100,00	$ 498.102,33	$ 4.150,85
01/04/2000	30/04/2000	30	4,29	$ 260.100,00	$ 498.102,33	$ 4.150,85
01/05/2000	31/05/2000	30	4,29	$ 270.937,00	$ 518.855,64	$ 4.323,80
01/06/2000	30/06/2000	30	4,29	$ 313.746,00	$ 600.836,66	$ 5.006,97
01/07/2000	31/07/2000	30	4,29	$ 292.612,00	$ 560.364,17	$ 4.669,70
01/08/2000	31/08/2000	30	4,29	$ 281.233,00	$ 538.572,91	$ 4.488,11
01/09/2000	30/09/2000	30	4,29	$ 273.647,00	$ 524.045,40	$ 4.367,05
01/10/2000	31/10/2000	30	4,29	$ 293.000,00	$ 561.107,20	$ 4.675,89
01/11/2000	30/11/2000	30	4,29	$ 279.000,00	$ 534.296,62	$ 4.452,47
01/12/2000	31/12/2000	23	3,29	$ 214.000,00	$ 409.818,91	$ 2.618,29
01/01/2001	31/01/2001				$ -	$ -
01/11/2002	30/11/2002				$ -	$ -
01/12/2002	31/12/2002	30	4,29	$ 309.000,00	$ 505.486,98	$ 4.212,39

01/01/2003	31/01/2003	30	4,29	$ 309.000,00	$ 472.455,38	$ 3.937,13
01/02/2003	28/02/2003				$ -	$ -
01/03/2003	31/03/2003				$ -	$ -
01/04/2003	30/04/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/05/2003	31/05/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/06/2003	30/06/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/07/2003	31/07/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/08/2003	31/08/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/09/2003	30/09/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/10/2003	31/10/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/11/2003	30/11/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/12/2003	31/12/2003	30	4,29	$ 332.000,00	$ 507.621,96	$ 4.230,18
01/01/2004	31/01/2004	30	4,29	$ 332.000,00	$ 476.681,72	$ 3.972,35
01/02/2004	29/02/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/03/2004	31/03/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/04/2004	30/04/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/05/2004	31/05/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/06/2004	30/06/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/07/2004	31/07/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/08/2004	31/08/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44

01/09/2004	30/09/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/10/2004	31/10/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/11/2004	30/11/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
FECHAS	N° DE	N° DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO	
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
01/12/2004	31/12/2004	30	4,29	$ 358.000,00	$ 514.012,22	$ 4.283,44
01/01/2005	31/01/2005	30	4,29	$ 358.000,00	$ 487.224,72	$ 4.060,21
01/02/2005	28/02/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/03/2005	31/03/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/04/2005	30/04/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/05/2005	31/05/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/06/2005	30/06/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/07/2005	31/07/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/08/2005	31/08/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/09/2005	30/09/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/10/2005	31/10/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/11/2005	30/11/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/12/2005	31/12/2005	30	4,29	$ 381.500,00	$ 519.207,35	$ 4.326,73
01/01/2006	31/01/2006	30	4,29	$ 381.500,00	$ 495.173,55	$ 4.126,45
01/02/2006	28/02/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/03/2006	31/03/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08

01/04/2006	30/04/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/05/2006	31/05/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/06/2006	30/06/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/07/2006	31/07/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/08/2006	31/08/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/09/2006	30/09/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/10/2006	31/10/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/11/2006	30/11/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/12/2006	31/12/2006	30	4,29	$ 408.000,00	$ 529.569,62	$ 4.413,08
01/01/2007	31/01/2007	30	4,29	$ 408.000,00	$ 506.862,10	$ 4.223,85
01/02/2007	28/02/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/03/2007	31/03/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/04/2007	30/04/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/05/2007	31/05/2007	24	3,43	$ 347.000,00	$ 431.081,24	$ 2.873,87
01/06/2007	30/06/2007	30	4,29	$ 434.000,00	$ 539.162,13	$ 4.493,02
01/07/2007	31/07/2007	1	0,14	$ 14.456,00	$ 17.958,82	$ 4,99
01/08/2007	31/08/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/09/2007	30/09/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/10/2007	31/10/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/11/2007	30/11/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91
01/12/2007	31/12/2007	30	4,29	$ 433.700,00	$ 538.789,44	$ 4.489,91

01/01/2008	31/01/2008	30	4,29	$ 433.700,00	$ 509.756,51	$ 4.247,97
01/02/2008	29/02/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/03/2008	31/03/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/04/2008	30/04/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/05/2008	31/05/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/06/2008	30/06/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/07/2008	31/07/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/08/2008	31/08/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
FECHAS	N° DE	N° DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO	
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
01/09/2008	30/09/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/10/2008	31/10/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/11/2008	30/11/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/12/2008	31/12/2008	30	4,29	$ 461.500,00	$ 542.431,70	$ 4.520,26
01/01/2009	31/01/2009	30	4,29	$ 461.500,00	$ 503.765,43	$ 4.198,05
01/02/2009	28/02/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/03/2009	31/03/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/04/2009	30/04/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/05/2009	31/05/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/06/2009	30/06/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/07/2009	31/07/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06

01/08/2009	31/08/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/09/2009	30/09/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/10/2009	31/10/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/11/2009	30/11/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/12/2009	31/12/2009	30	4,29	$ 496.900,00	$ 542.407,46	$ 4.520,06
01/01/2010	31/01/2010	30	4,29	$ 496.900,00	$ 531.779,10	$ 4.431,49
01/02/2010	28/02/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/03/2010	31/03/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/04/2010	30/04/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/05/2010	31/05/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/06/2010	30/06/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/07/2010	31/07/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/08/2010	31/08/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/09/2010	30/09/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/10/2010	31/10/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/11/2010	30/11/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/12/2010	31/12/2010	30	4,29	$ 515.000,00	$ 551.149,60	$ 4.592,91
01/01/2011	31/01/2011	30	4,29	$ 515.000,00	$ 534.204,60	$ 4.451,71
01/02/2011	28/02/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/03/2011	31/03/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/04/2011	30/04/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77

01/05/2011	31/05/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/06/2011	30/06/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/07/2011	31/07/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/08/2011	31/08/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/09/2011	30/09/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/10/2011	31/10/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/11/2011	30/11/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/12/2011	31/12/2011	30	4,29	$ 535.600,00	$ 555.572,79	$ 4.629,77
01/01/2012	31/01/2012	30	4,29	$ 535.600,00	$ 535.600,00	$ 4.463,33
01/02/2012	29/02/2012	30	4,29	$ 566.700,00	$ 566.700,00	$ 4.722,50
01/03/2012	31/03/2012	30	4,29	$ 566.700,00	$ 566.700,00	$ 4.722,50
TOTAL		3.600	514,29			$ 529.665,42

De acuerdo con lo precedente, el IBL pensional del demandante asciende a $529.665,42, guarismo que al aplicarle una tasa de reemplazo del 69% correspondiente a 917,14 semanas de cotización, arroja un valor de $365.469,14, suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2012, por tanto, la mesada pensional se ajustará a $566.700, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de esa época.

En tal sentido, se condenará al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a reconocer y pagar al accionante la pensión de vejez, a partir del 1.º de abril de 2012, en cuantía de $556.700, cuyo retroactivo causado a 31 de marzo de 2019, incluido el valor de las mesadas adicionales y sus reajustes anuales, asciende a la cuantía de $65.533.744.

Lo anterior, tal como se detalla a continuación:

Por ministerio de la ley, Colpensiones deberá descontar de la pensión reconocida, el valor de la totalidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con la finalidad de que las trasfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliado el accionante.

1.2. Intereses moratorios - indexación

No se accederá a los intereses moratorios toda vez que no puede predicarse una mora de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación que se le

impone surge con ocasión de esta decisión.

En consecuencia y como también se reclamó la indexación, se accederá a esta condena respecto de las mesadas pensionales causadas, lo que a 31 de marzo de 2019 arroja un valor de $9.918.083,83, sin perjuicio de la que se cause a la fecha de pago efectivo.

1.3. Indemnización de perjuicios

La Sala no accederá a esta pretensión, en la medida que no existe en el expediente prueba cierta sobre los perjuicios ocasionados al accionante, de la cual pueda derivarse una condena indemnizatoria.

2. Otras consecuencias prácticas de la declaración de ineficacia

Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.° 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, 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.

3. De las excepciones propuestas por la parte accionada

En cuanto a la excepción de prescripción, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años.

Las demás excepciones planteadas, se declararán no probadas, dado el resultado del proceso y lo expuesto en precedencia.

Las costas de la primera instancia estarán a cargo de las demandadas, sin lugar a ellas en la alzada.

1. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2013 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en el proceso ordinario que JOSÉ BENITO ZÚÑIGA PINO adelanta contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.

En sede de instancia, REVOCA la sentencia proferida el 14 de junio de 2013 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira. En su lugar, dispone:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de JOSÉ BENITO ZÚÑIGA PINO a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. suscrita el 1.° de octubre de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES a reconocer y pagar a JOSÉ BENITO ZÚÑIGA PINO la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1.º de abril de 2012, en cuantía inicial de $566.700, junto con las mesadas adicionales, condena que a 30 de marzo de 2019 asciende a $65.533.744. Igualmente, se ordena indexar dicha suma desde su causación hasta la fecha de pago efectivo, valor que a 31 de marzo de 2019 equivale a $9.918.083,83 sin perjuicio de la actualización que se llegue a causar.

Colpensiones descontará de la pensión reconocida, el valor de la totalidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con la finalidad de que las trasfiera a la entidad administradora de salud a la que se encuentre afiliado el accionante.

TERCERO: ABSOLVER al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a esa administradora.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

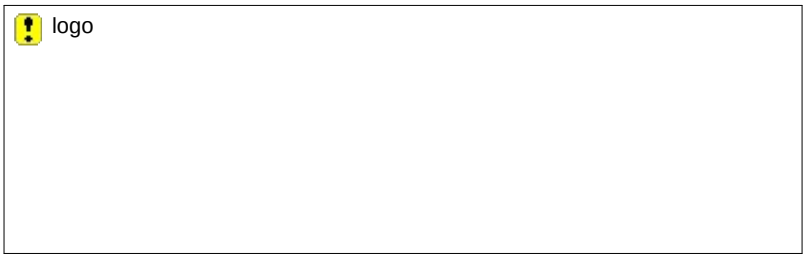
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

IMPEDIDO

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)