



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descargos N.º 2

**CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO**

**Magistrado ponente**

**SL2817-2019**

**Radicación n.º 64876**

**Acta 20**

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **MYRIAM DEL SOCORRO USUGA GIRÓN**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el tres (3) de octubre de dos mil trece (2013), en el proceso que instauró a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – y a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

## **I. ANTECEDENTES**

MYRIAM DEL SOCORRO USUGA GIRÓN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declarara la nulidad de la afiliación

al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenara su incorporación al régimen de transición, en el régimen de prima media con prestación definida.

En consecuencia, pidió que se condenara a COLFONDOS S. A. al reconocimiento de los perjuicios ocasionados con su afiliación irregular, consistentes en el pago las mesadas pensionales, a partir del 6 de abril de 2012 hasta que «el ISS» le comenzara a efectuar el pago de su pensión y, a la última, a reconocerle ese derecho prestacional, junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios y/o la indexación, más las costas.

Narró, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al ISS para los riesgos de vejez, invalidez y muerte y contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 5 de abril de 1957; que era beneficiaria del régimen de transición, porque satisfacía los requisitos del artículo 36 *ibídem*, y del Acto Legislativo 01 de 2005; que le era aplicable la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 55 años de edad y 20 años de servicios al sector público; que se trasladó a COLFONDOS S. A., porque sus asesores le informaron que se pensionaría antes de la edad requerida por el régimen de prima media con prestación definida y con una mesada superior; que dicha administradora no le suministró información adicional, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro, para obtener una pensión anticipada; que, por el contrario, la indujo a error, al omitir información adecuada, suficiente y cierta respecto de su prestación, una vez efectuara su traslado.

Sostuvo, que COLFONDOS S. A., le exigía un capital superior para acceder a la pensión de vejez y cumplir 57 años de edad; que como gestora fiduciaria, dicha entidad debía cumplir con obligaciones especiales, atinentes a la buena fe, la transparencia, vigilancia y el deber de información en todas las etapas contractuales, es decir, «*desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones de disfrute pensional*»; que le asiste derecho a la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, una vez se ordene su regreso al régimen de prima media con prestación definida; que el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, le causó perjuicios, relacionados con el no pago de las mesadas pensionales, desde el momento del cumplimiento de la edad de 55 años, los cuales deben ser resarcidos (f.º 1 a 5, cuaderno principal).

COLFONDOS S. A.-, se opuso a las pretensiones y, frente a los hechos, aceptó como ciertos la fecha de nacimiento de la demandante y que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad.

Negó: *i)* que la actora haya sido engañada por sus asesores, ya que tal afirmación carece de respaldo probatorio; *ii)* que haya existido irregularidad en su afiliación al RAIS, porque fue fruto del ejercicio de la potestad legal de libre elección, en razón a que recibió la información necesaria sobre las características de dicho régimen; *iii)* que se hayan generado perjuicios que deban ser resarcidos, porque la sanción reclamada no está prevista en la ley. De los demás,

dijo que no le constaban por ser apreciaciones de la parte o hechos de terceros.

En su defensa, propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y petición antes de tiempo (f.º 69 a 80, *ib.*).

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y, en cuanto a los hechos, aceptó que antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, la demandante se encontraba afiliada al ISS para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, «*pero después se trasladó [...] a un fondo privado [...]*», por lo que perdió el régimen de transición, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De los demás, dijo que no eran hechos, por ser simples apreciaciones subjetivas de la parte, o que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de fondo, de falta de integración de litisconsorcio necesario, inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, improcedencia de la indexación, prescripción e imposibilidad de condena en costas (f.º 89 a 94, *ibidem*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el 31 de enero de 2013, falló:

*PRIMERO: Se declara probada la excepción de PRESCRIPCIÓN interpuesta por las partes demandadas. Las demás quedaron resueltas implícitamente, por lo explicado en la parte motiva de esta sentencia. Se declara invalido el traslado.*

*SEGUNDO: ABSUELVE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y a COLFONDOS S. A. de todas las pretensiones formuladas en su contra por la señora MIRYAM USUGA GIRÓN identificada con la cédula de ciudadanía número 21580.260, conforme se explicó en la parte considerativa de esta providencia.*

*TERCERO: De no ser apelada la presente decisión se dispone ENVIAR el proceso al Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral en CONSULTA.*

*CUARTO: Se CONDENA en COSTAS a cargo de la parte vencida en juicio. [...]. (audio en CD, f.º 105, en relación con el acta de f.º 105, íb.).*

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Previa apelación de la demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 3 de octubre de 2013, confirmó la primera, absteniéndose de imponer costas.

Sostuvo, que la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social integral, que está conformado por 3 subsistemas de contenido prestacional económico y de servicios de salud, denominados sistema general de pensiones, de salud y de riesgos profesionales; que el sistema general de pensiones entró en vigencia el 1º de abril de 1994 para el sector privado y, para el sector público, como es el caso de la demandante, el 1º de julio de 1995; que éste, a su vez, está integrado por dos regímenes solidarios, que se excluyen entre si y se conocen como régimen solidario de

prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y, el régimen de ahorro individual con solidaridad, a cargo de los fondos privados, como es el caso de COLFONDOS S. A., según se colige de los artículos 8º, 12, 13, 16, 59 y 63 de la Ley 100 de 1993 y 3º el Decreto 692 de 1994; que conforme a la última disposición, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, los afiliados al sistema general de pensiones podían seleccionar cualquiera de los regímenes pensionales, pero no estar simultáneamente en ambos; que las características de cada uno están previstas en los artículos 4º y 5º del Decreto 692 de 1994.

Afirmó que, según el artículo 11 del referido decreto, la selección del régimen implicaba la aceptación de todas sus condiciones para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, así como las demás prestaciones económicas a que hubiese lugar; que dicha selección es libre y voluntaria por parte del afiliado y, tratándose de servidores con relación legal o reglamentaria, debía efectuarse a través del empleador, a quien debía serle informado por escrito, precisando la AFP donde deseaba se efectúen los aportes; que cuando el afiliado se trasladaba por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, debía consignarse que la decisión era «*manera libre, espontánea y sin presiones*», lo cual podría estar impreso en el formulario respectivo.

Expuso, que quienes al 31 de marzo de 1994, se encontraran vinculados al ISS, podían continuar en dicho instituto, sin que fuera necesario el diligenciamiento del

formulario; que dicho tratamiento se aplicaba también a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público, mientras no se ordenara su liquidación, caso en el cual pasarían al ISS; que a ellos no les sería aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente decreto, según el cual, una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrían trasladarse de régimen, antes de que haya transcurrido el término legal desde la fecha de la selección anterior.

Señaló que, de acuerdo con la prueba documental, la demandante fue beneficiaria del régimen de transición, pues para la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, contaba 36 años, 11 meses y 26 días, toda vez que nació el 5 de abril de 1957, según el registro civil de nacimiento obrante a folio 46 del cuaderno principal; que, según el certificado de información laboral de folio 21 *ibidem*, para esa misma calenda tenía 16 años y 5 meses de prestación de servicios al Hospital San Antonio de Buriticá, Antioquia; que conforme certificado laboral de folio 20, *ib.*, laboró para esa institución del 1º de febrero de 1979 al 26 de octubre de 1996, en el cargo de asistente administrativa; que, en consecuencia, en principio, le sería aplicable la Ley 33 de 1985.

Agregó que, sin embargo, «*la anterior normatividad contenida en la Ley 100 de 1993, sobre la oportunidad para realizar el traslado de regímenes en pensiones, [...] es excepcional*», sin que procediera en el caso, pues, contrario a

lo expuesto en el numeral 1º de la demanda, la accionante nunca estuvo afiliada al RPMPD, pues no se le descontó aporte pensional al ISS, toda vez que su primera afiliación fue a COLFONDOS S. A., a partir del 1º de julio de 1994 hasta el 26 de octubre de 1996, conclusión que fue aceptada por la actora en el interrogatorio de parte, al afirmar que *«jamás estuvo afiliada a dicho ente de seguridad social y que tampoco realizó cotización alguna a dicha administradora pensional»*; que, por tanto, la señora USUGA GIRÓN no tuviese que recuperar el régimen pensional que reclama.

Manifestó, que según el artículo 25 del Decreto 692 de 1994, el empleador público estaba en la obligación de solicitar a sus trabajadores, que informaran por escrito el régimen de pensiones que elegirían, lo cual se acreditó en el caso, pues en el interrogatorio de parte, la demandante dijo que *«a nosotros nos dijeron que teníamos que vincularnos a un fondo de pensiones, nos lo dijo el jefe de la dirección seccional, no recuerdo el nombre, era el señor Jorge Meza, nos dijeron que era obligatorio todos nos afiliamos ahí mismo»*; que, con ello, se probó que la señora USUGA GIRÓN eligió COLFONDOS S. A. de manera voluntaria y sin presión, pues enfatizó en que *«todos cometimos el error de afiliarnos sin asesoría exponiendo más adelante que tan solo en el año 2010 solicitó a COLFONDOS el traslado al ISS porque no conocía la ley que decía que podía recuperar el régimen de transición»*.

Indicó que, con base en lo anterior, la

*[...] demandante [...] admite sin lugar a equívocos que fue ella misma por quien optó por afiliarse a dicho régimen de ahorro individual, aceptando de manera tácita que fue un error, pero suyo, donde no se puede predicar, como lo quiere hacer ver dentro del plenario, que dicha afiliación tiene vicio en el consentimiento, y más cuando se acepta por parte de la deponente que no consultó antes de aceptar tal traslado porque desconocía la ley y, como es bien sabido, la ignorancia de la ley no sirve de excusa; igual si se tiene en cuenta y como lo expuso la a quo, la aquí demandante tenía estudios y capacitaciones aprobadas, pues no se olvide que el último cargo desempeñado en el municipio de Buriticá fue el de secretaria ejecutiva de la alcaldía según certificado laboral obrante a folio 29 del expediente.*

De donde, concluyó, que a la actora no cumplió con la carga de probar que su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, estuvo viciado «[...] su consentimiento, que no le fue debidamente informada por el fondo, que faltó explicación que no se le hizo comparativo entre la conveniencia de un régimen y otro», carga que le correspondía a ella, según el artículo 177 del CPC, en relación con el artículo 145 del CPTSS.

Lo anterior, porque a pesar de que al Juez le corresponde valorar la totalidad de los medios de prueba allegados, conforme a la sana crítica, en los términos del artículo 61 del CPTSS, ello no exime a las partes de demostrar los supuestos de hecho de la norma en que fundamenta la pretensión, lo cual, itera, no cumplió la actora, pues

*[...] no hay prueba idónea que refleje que la demandante realmente fue engañada al escoger el régimen pensional o que no se le informó lo suficiente o faltó lealtad en los promotores del fondo privado, como hubiese sido rendición de testimonio de compañeros de trabajo que vivieron la misma situación alegada dentro del plenario y teniendo en cuenta además que su estadía en dicho fondo fue por cerca de 13 años lo que conlleva a esta Sala a*

*entender que fue a plena satisfacción su afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS S. A. (audio del CD de folio 110, en relación con el acta de f.º 111 a 112, cuaderno principal).*

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende que la Corte case la providencia del Tribunal, para que, constituida en sede de instancia, revoque el primer fallo, accediendo a las pretensiones de la demanda y proveyendo en costas (f.º 6, cuaderno de casación).

Con tal propósito, formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados por las demandadas.

#### **VI. CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia de incurrir en violación directa, en la modalidad de infracción directa, de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993; 2º literal e) de la Ley 797 de 2003; 1º del Decreto 3800 de 2003; 12, 13 y 1º de la Ley 33 de 1985; 13, 50, 141, 142 y 271 de la Ley 100 de 1993; 8º de la Ley 4º de 1976 y 48, 53 y 58 de la CN.

Sostiene, que el Colegiado incurrió en el error jurídico que se le acusa, porque, no empece a reconocer que a junio

30 de 1995, tenía más de 15 años de servicios a la ESE Hospital San Antonio de Buriticá, negó la aplicación del régimen de transición, bajo el argumento de que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, empezó a cotizar a COLFONDOS S. A.; que con tal posición, se rebeló contra el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues en las sentencias CC C-789-2002 y CC C-1024-2004, la Corte Constitucional amparó la recuperación del beneficio de transición a las personas que estaban cercanas a pensionarse, por contar con una expectativa legítima, cuya protección es similar a la de los derechos adquiridos del artículo 58 de la CN.

Expone, que la calidad de beneficiaria del tránsito de legislación, comporta para ella la nulidad de su traslado, pues su ingreso al RPMPD garantiza los principios de unidad y universalidad, así como el derecho a la pensión en su condición de servidora pública; que nunca estuvo afiliada al ISS, porque su empleadora no tenía la obligación de efectuar aportes, por lo que, si regresa del RAIS al régimen anterior, es al RPMPD, pues *«no existe otra forma de garantizarle que le otorgue la pensión con los requisitos del RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS (art. 1º Ley 33 de 1985), atendiendo que las Entidades Territoriales o Descentralizadas ya no reconocen pensiones»*, ya que, *«conforme a los Decretos 2011, 2012 y 2013 de 2012, el ISS unificó a los afiliados de las distintas administradoras»*, como lo explicó la Corte en la sentencia CSJ SL, 6 feb. 2007, rad. 29911.

Pide que, en sede de instancia, se le otorgue la pensión de jubilación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, porque acredita más de 20 años de servicio a la ESE San Antonio de Buriticá; que ésta se le liquide conforme a esa norma o, en subsidio, teniendo en cuenta el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993; que no se le exija devolver el capital equivalente, por cuanto las AFP cobran una comisión superior al ISS por la administración de los aportes, según lo ha explicado la Corte en las sentencias CSJ SL, 1º dic. 2009, rad. 36301 y CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 45664 (f.º7 a 12, *ib.*).

## VII. RÉPLICA

COLFONDOS S. A. se opuso a la prosperidad del cargo, por cuanto tiene errores técnicos, en razón a que: *i)* la censura acusó infracción directa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pasando por alto que fue uno de los soportes jurídicos de la decisión recurrida; *ii)* que la sentencia del Tribunal se fundó en argumentos fácticos y jurídicos, pero el cargo omitió cuestionar los primeros, en torno a que en la demanda no se reclamó un traslado, sino la nulidad de la afiliación al RAIS, conforme se desprende de los hechos de la demanda.

Expone que, con todo, no existe prueba que COLFONDOS S. A. haya inducido a error a la demandante, pues ninguno de sus funcionarios la persuadió en esa decisión, como lo acepta en el interrogatorio de parte; que, además, la actora no estaría próxima a pensionarse, porque,

atendiendo su edad, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le faltaban 19 años para acceder al derecho.

Agrega que,

*El hecho de que una empleada pública se haya afiliado a un fondo privado por orden del jefe de la dirección territorial sin que la administradora le haya suministrado información adicional, no comporta un vicio de consentimiento, con la entidad de dejar sin efecto la afiliación legal y válidamente efectuada, porque lo que la Corte ha sancionado es la falta de información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría al afiliado dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras en casos en donde la administradora ha prestado asesoría pensional particular a través de promotores de ventas con el fin de persuadir al afiliado de efectuar su traslado y no, como aconteció en el presente caso, situaciones en las que el afiliado, cuando está a punto de pensionarse es cuando se da cuenta que el régimen anterior le era más favorable (f.º 49 a 52, ibídem).*

COLPENSIONES se opone a la prosperidad conjunta de los cargos, porque la censura acusó, en el primero, la no aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no empecé a que fue uno de los cimientos de la sentencia.

Precisa, que la sentencia se ajusta al ordenamiento jurídico, porque no puede pretender la actora el reconocimiento de una pensión a cargo del ISS, cuando no ha estado afiliada a esa entidad; que sobre la solicitud de nulidad la llamada a pronunciarse es la justicia ordinaria. (f.º 56 a 59, *ib.*)

## **VIII. CARGO SEGUNDO**

Denuncia el segundo fallo de violar por la vía directa, por interpretación errónea, los artículos 174, 177 y 197 del

CPC y 145 del CPTSS; 4º, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, 13, 36, 50, 76, 90, 97, 141, 142 y 271 de la Ley 100 de 1993; 1º del Decreto 694 de 1994; 36 de la Ley 100 de 1993; 1º de la Ley 33 de 1985; en relación con los artículos 50, 141 de la Ley 100 de 1993; 8º de la Ley 4ª de 1976; 48 y 53 de la CN; 1603 del CC; 3º de la Ley 1382 de 2009 «*en armonía con los artículos*» (f.º 12, *ib.*).

Afirma, que el Colegiado incurrió en la trasgresión normativa que se le censura, al concluir que la carga de la prueba de la falta al deber de información, correspondía a la demandante y no a la AFP demandada, toda vez que según el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, toda elección o traslado debe hacerse en forma libre y voluntaria, es decir, exenta de dolo, error o fuerza, lo cual, en un «*diálogo entre desiguales, en medio de sus diferencias*», solo se garantiza, a través del consentimiento informado; que éste concepto está íntimamente ligado con el principio *pro homine*, que permite la inversión de la carga de la prueba, atendiendo las facilidades probatorias de las partes litigantes.

Expone, que la responsabilidad o diligencia profesional que tienen los fondos privados, respecto la información del régimen que administran, no puede verse exonerada con la firma estampada en una proforma (formulario de afiliación); que, incluso, si se aplican las reglas probatorias de las afirmaciones o negaciones indefinidas, correspondería a la demandada demostrar que la elección de la actora cumplió con las exigencias legales, ya que el devenir judicial ha demostrado que los afiliados de las AFP, adoptaron su

decisión sin la asesoría y teniendo en cuenta ofrecimientos que los inducían a error, *«pues estaban huérfanos de un estudio previo, serio, concreto e individualizado de [su situación]»* pensional.

Agrega, que la falta de asesoría afecta los derechos de autonomía y dignidad humana, hace presumir la mala fe y traslada la carga de la prueba del deber de información a las AFP, en atención a la posición dominante que ostentan; que ello explica que la jurisprudencia de la Corte haya enfatizado en que *«EL DEBER DE DILIGENCIA YERGUE COMO UN PARADIGMA DE DIGNIDAD PLAUSIBLE EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES»* y su omisión, *«conduce [...] a su ineficacia jurídica»* del acto de afiliación o traslado; que dicho tema tiene tanta relevancia, que la Ley 1328 de 2009, expresamente invirtió la carga de la prueba a las entidades financieras, respecto de la asesoría brindadas a los usuarios, razón por la cual corresponde a las administradoras de pensiones demostrar la diligencia debida en lo atinente al derecho-deber de información, a través de una *«asesoría legítima que predique un verdadero consentimiento informado, que supone tomar decisiones libres, conscientes y voluntarias, que no den cabida a uno de los requisitos de validez de todo acto jurídico como es el consentimiento libre»*, como lo ha expresado la Corte en la *«sentencia 31989»*.

Finalmente reitera la solicitud de sede de instancia, expuesta en el cargo anterior (f.º 12 a, *ib.*).

## **IX. RÉPLICA**

COLFONDOS S. A. dice que el cargo carece de demostración sobre el dislate jurídico del Tribunal, ya que no es más que una consideración subjetiva; que, en todo caso, la demandante manifestó, en el interrogatorio de parte, que fue quien optó por afiliarse al RAIS, lo que da al traste con la existencia de un vicio en el consentimiento (f.º52 a 54, *ibídem*).

Como atrás se indicó, COLPENSIONES presentó oposición conjunta a los cargos (f.º56 a 59, *ib.*).

## **X. CONSIDERACIONES**

Comienza la Sala por advertir, que por razones estrictamente metodológicas se pronunciará, en primer lugar, respecto del segundo cargo, puesto que con él pretende la recurrente, se quiebre de la sentencia de segunda instancia, en cuanto negó la ineficacia de su afiliación al RAIS y, en segundo lugar, en torno al primer cargo, en el que aduce la imposibilidad de regresar o recobrar el régimen de prestación definida, por ser beneficiaria de la Ley 100 de 1993, bajo la figura de traslado, en su condición de beneficiaria del régimen de transición.

Por tanto, en cuanto hace con el segundo ataque, recuerda la Corte que la recurrente acusó al Tribunal de incurrir en interpretación errónea de la normativa censurada, al considerar que le correspondía a ella la carga

de demostrar la falta de deber de información por parte de COLFONDOS S. A., al momento de realizar su afiliación al RAIS, lo que se tradujo en la ausencia de un consentimiento informado, libre de vicios.

Lo anterior, por cuanto el artículo 13, literal b), en relación con los artículos 271 *ibídem* y 3º de la Ley 1328 de 2009, le imponen a las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, brindar asesoría seria y concreta, conforme con un «análisis o estudio previo de [la] posición, condición y situación fáctica y jurídica [del afiliado], amén de la ventajas y desventajas de su elección» del respectivo régimen pensional, lo que se traduce en la inversión de la carga de la prueba, para que éstas demuestren la diligencia en el cumplimiento de dicho deber, especialmente cuando existe una afirmación o negación indefinida sobre su inobservancia, aparte que el incumplimiento de esa obligación por parte del fondo de pensiones, conlleva a la ineficacia del acto de afiliación (f.º 12 a 28, *ibídem*).

Al respecto, lo primero que debe precisar la Corte, es que no le asiste razón a la replicante COLFONDOS S. A., en torno a la ausencia de un verdadero ataque a la sentencia de segunda instancia, pues:

1. No empecé a la extensión de los argumentos expuestos en el cargo, de ellos se extraen los elementos esenciales de oposición a la interpretación que hizo el Tribunal a la regla sobre la carga de la prueba, en el contexto

de las normas sustantivas de seguridad social sobre las cuales se funda su acusación, como atrás se precisó.

2. Teniendo en cuenta que el cargo se dirigió por la vía directa, no son objeto de discusión las conclusiones fácticas probatorias del segundo Juez, en torno a: *i)* que el empleador de la demandante cumplió con la obligación de informarle, que debía afiliarse a alguna de las administradoras de pensiones, bien fuera del RPMPD o RAIS, en el marco del nuevo sistema de seguridad social en pensiones; *ii)* que la señora USUGA GIRÓN aceptó en el interrogatorio de parte: a) que se afilió a CONFONDOS S. A., sin presión *«cometiendo el error de afiliarnos sin asesoría»*; b) que solo en el 2010 solicitó su traslado al ISS, *«porque desconocía la ley que decía que podía recuperar el régimen de transición»*; c) que *«fue ella misma por quien optó por afiliarse a dicho régimen de ahorro individual, aceptando de manera tácita que fue un error, pero suyo»*; c) que *«no consultó antes de aceptar tal traslado porque desconocía la ley»*; *iii)* que la citada señora *«tenía estudios y capacitaciones aprobadas, pues [...] el último cargo desempeñado en el municipio de Buriticá fue el de secretaria ejecutiva de la alcaldía, según certificado laboral obrante a folio 29 del expediente»*; *iv)* que no existe prueba de que la demandante fue engañada por la AFP demandada o que no se le informó lo suficiente y que los promotores del fondo privado les faltó lealtad.

De ahí que corresponde a la Corte determinar, si el Colegiado incurrió en error jurídico al imponer a la demandante la carga de la prueba en torno la información y

asesoría previa, que correspondía realizar a COLFONDOS S. A. al momento de efectuarse su afiliación al RAIS, a fin de que ésta hubiese adoptado una decisión libre y voluntaria y, en consecuencia, si ésta fue eficaz.

Al respecto, de entrada advierte la Sala, que le asiste razón a la censura en la crítica que hace al segundo proveído, puesto que tiene adoctrinado, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1688-2019, que la demostración del consentimiento informado, en el traslado o afiliación al RAIS, corresponde a la AFP, en tanto, es ella quien tiene 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»* y, por tanto, demostrar su diligencia, en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además, porque, aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, *«[...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba»*, lo que significa, como lo aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recaen, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho definido, que en el caso sería la diligencia en el cumplimiento del deber de información, postulado procesal que garantiza *«el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes»*, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible de acreditar.

En efecto, en la sentencia referida, la Corte dijo:

*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 desfavor de los consumidores financieros.*

*De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.*

Lo anterior conduce, como expone la recurrente, a la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque, atendiendo las incontrovertidas conclusiones fácticas del Colegiado, según las cuales la señora Usuga Girón no allegó prueba de la información insuficiente que le suministraron los promotores de la AFP y, por el contrario, confesó que fue ella quien adoptó la decisión de afiliación a COLFONDOS S. A., sin haber consultado o recibido asesoría, paso por alto que la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL12136-2014, ha explicado, que «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». Ello, en razón a 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.*

De ahí, que el cargo prospere, toda vez que el Tribunal incurrió en el desacierto jurídico que se le atribuye, circunstancia que hace innecesario examinar el primer ataque, pues lo explicado conlleva al quiebre total de la segunda sentencia.

Sin costas en el trámite extraordinario, dada la prosperidad del recurso.

## **XI. SENTENCIA DE INSTANCIA**

El Juez de primer grado, en sentencia del 31 de enero de 2013, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar:

En primer lugar, que la afiliación de la demandante a COLFONDOS S. A. fue válida, porque, conforme el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados del sistema de seguridad social en pensiones, pueden optar libre y voluntariamente por cualquiera de los dos regímenes pensionales, esto es, el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, cumpliendo con la carga básica de averiguar las condiciones pensionales que cada uno ofrece, lo que se traduce en una presunción de diligencia «*mínima*», que solo puede ser desvirtuada cuando se demuestra la existencia de engaño, error o fraude dentro del proceso de selección; que la señora Usuga Girón no probó que haya sido objeto de tales situaciones, pues no empece a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, existía poca información sobre el

nuevo sistema pensional, años después ésta fue pública y abundante, incluso, la Ley 797 de 2003 otorgó un año de gracia para que las personas que se hubiesen trasladado al RAIS, regresaran al RPMPD; que, además, la citada señora solicitó su traslado cuando estaba cerca del cumplimiento de la edad pensional, sin que pueda excusarse en existencia de una selección errónea, puesto que en el interrogatorio de parte aceptó que era bachiller y había realizado diferentes capacitaciones para acceder al ámbito laboral, por lo que su afiliación tiene plena validez; que no cumplió con 15 años de aportes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no podía regresar al RPMPD en cualquier tiempo.

En segundo lugar, razonó que la solicitud de nulidad de los actos jurídicos está sujeta a prescripción, por lo que no podía la demandante solicitar la invalidez de su afiliación a COLFONDOS S. A., 16 años después de haberse efectuado, pues contaba solo con el término trienal previsto en el artículo 151 del CPTSS (minutos 34'00 a 57'20 del CD de folio 105 del cuaderno principal).

Inconforme con la anterior decisión, la demandante presentó recurso de apelación, bajo el argumento de que el primer Juez erró al imponerle, como afiliada, el conocimiento del régimen pensional que, con error, eligió, puesto que la ley y la Constitución establecen que son las entidades de seguridad social, quienes tienen a cargo el deber de información y asesoría; que dicho subsistema tiene una alta complejidad legal, que no puede endosarse a los usuarios y mucho menos bajo el argumento de ser bachilleres; que el

material probatorio obrante en el proceso da cuenta de que COLFONDOS S. A., no efectuó comparativo ni le dio explicaciones serias del régimen que administraba y la implicaciones que su elección tendrían en su derecho pensional.

Expuso, que solo se puede hablar de una decisión libre y voluntaria, cuando se toma con un mínimo de conocimiento sobre sus consecuencias y éste debe ser «*ex ante*» y no con posterioridad a la afiliación, como se señaló en la sentencia; que en relación con el deber de información, existe inversión en la carga de la prueba, según la jurisprudencia laboral; que no puede haber prescripción en la ineficacia del acto de afiliación, porque la discusión es sobre el derecho pensional, que es imprescriptible; que el referido efecto está determinado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que cumplió con más de 15 años de prestación de servicio al sector público, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no se le pueden exigirse cotizaciones efectivas; que puede regresar en cualquier tiempo para conservar el régimen de transición (minutos 57´24 a 1.15´00" del audio antes foliado).

Por tanto, en función de Tribunal, la Corporación debe establecer si la afiliación de la demandante es ineficaz, para lo cual corresponderá analizar a quién le competía la carga de diligencia en el proceso informativo previo a la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; así como precisar si dicho cuestionamiento es sujeto de prescripción. Finalmente, de colegirse la validez del acto de afiliación,

cumple discernir si hay lugar al traslado de la actora en cualquier tiempo al RPMPD, a fin de conservar el beneficio de transición, conforme lo plantea en los hechos 8 y 9 de la demanda.

En relación con la validez del acto de afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales, comienza la Sala por precisar, que, como se indicó en sede de casación, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *«los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente»* el régimen que mejor se ajuste a sus intereses, por cuanto cada uno tiene características disimiles y regladas, sin que en dicha decisión pueda ejercerse con obstrucción o presión alguna de empleador o terceros, so pena de incurrirse en las sanciones del artículo 271 *ibídem*.

Ahora, como se adocrinó por la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, las AFP, como actores privados en el nuevo sistema de seguridad social, *«encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS»*, son quienes desde un principio han estado sometidos a reglamentaciones, restricciones y deberes propios de las actividades que ejecutan, al estar inmersos en la prestación y/o administración de un servicio público de carácter obligatorio, que está bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según el artículo 48 de la CN, contexto en el cual, según el numeral 1º del artículo 97 Decreto 663 de 1993, tienen *«[...] 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».* Lo anterior, como una forma de materializar el principio de transparencia en la elección las operaciones y opciones del mercado, y los de prevalencia del interés general y buena fe, de quienes prestan un servicio público.

En relación con los últimos elementos, la Corte, en la segunda sentencia citada, dijo:

*[...] 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 definatorios 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».*

De donde, en el contexto antes descrito, le asiste razón a la recurrente en las críticas que hace al primer fallo, puesto que, contrario a lo concluido en este, el deber de información y asesoramiento correspondía a COLFONDOS S. A., como entidad que presta servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, no a la afiliada, 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*», entre ellos, los relativos al régimen de transición, que se reclama en el caso.

Ahora, aunque dicho deber ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo, *«pasando del deber de información necesaria»*, de los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, al *«de asesoría y buen consejo»*, de los artículos 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010, y *«finalmente al de doble asesoría»* de la Ley 1748 de 2014, artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa n.º 016 de 2016, la Corte ha señalado que los jueces laborales deben evaluar el cumplimiento del mismo *«[...]/ de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido»*, escenario en el que, atendida la indiscutida fecha de afiliación de la demandante, esto es, el 1º de junio de 1994, según certificación de folios 21 a 28 del cuaderno principal, en relación con los oficios de folios 35 a 36 *ibídem*, la cual tuvo como fecha de suscripción el 1º de mayo de 1994, según los de folios 47 a 48, *ib.* y la certificación de folio 86, *ibídem*, deberá analizarse conforme a la primera reglamentación.

Al respecto, cumple recordar que, tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, la accionante señaló que, a pesar que no fue sometida a presión alguna en la elección de la AFP COLFONDO S. A., no recibió asesoría ni información acerca de las implicaciones que tenía su afiliación al RAIS, puesto que al personal de la entidad en que laboraba, les *«[...]/ hablaron de que debíamos pasar a un fondo de pensiones, pero*

no nos explicaron de que si tenía tanto tiempo o tales requisitos debíamos irnos al ISS»; que no recibió propuesta por escrito, ni comparativos sobre los diferentes regímenes y sus efectos en la pensión de jubilación que pretendida, la cual, hasta esa fecha, estaba a cargo de su empleadora; que no consultó sobre el tema, pues «desconocía la Ley» y los asesores de la entidad le informaron que no tendría problema alguno en su derecho pensional, porque allí también se podrían pensionar a los 55 años; que «todos cometimos el error de afiliarnos sin asesoría» y solo cuando se conoció del beneficio de transición, presentó la solicitud de traslado al ISS, lo que ocurrió a sus 53 años de edad (06´30 a 17´30, CD de folio 105, *ibidem*).

Ahora, analizado el material probatorio, no se advierte medio de convicción alguno que dé cuenta de la información y asesoría que debió legalmente suministrar la AFP demandada a la señora USUGA GIRÓN, cuya carga probatoria correspondía a aquella, como tampoco confesión alguna acerca del cumplimiento de dicho deber, con la afirmación de que en la ESE Hospital San Antonio del municipio de Buriticá, se realizó una reunión con asesores del referido fondo de pensiones, en el que informaron acerca de la posibilidad de pensionarse a la misma edad de jubilación de la normativa anterior, pues, por una parte, ésta no puede catalogarse como «información objetiva, comparada y transparente [...] sobre las características de los dos regímenes pensionales» y las implicaciones que la escogencia de uno y otro generarían en el derecho pensional de la trabajadora y, por otra, constituye una afirmación que estaría sujeta a condiciones, atendidas las características de las modalidades pensionales del RAIS, sin

que exista prueba de que éstas fueron puestas de presente a la citada señora.

Así las cosas, ante el incumplimiento de COLFONDOS S. A., del deber de información que imperativamente le correspondía *«al momento del acto jurídico [...], no con posterioridad»*, según la sentencia CSJ SL1688-2019, la afiliación de la demandante se torna en ineficaz, lo que se traduce en la ausencia de *«todo efecto práctico [...], bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS»*.

Lo anterior, porque, como se iteró en sentencia CSJ SL1421-2019:

*[...] existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; 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.*

Presupuestos de información suficiente que, se insiste, no se probaron por la demandada en el proceso.

Ahora, en cuanto al segundo punto de la alzada, relativa a la procedencia de prescripción que declaró probada el primer Juez, cumple señalar que en la sentencia CSJ SL1689-2019, la Corte reiteró que dicha figura no opera *«de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos*

laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles», razón por la cual «el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional», al ser «es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social», que redundando en «un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional» no es sujeta a esa figura y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Lo anterior, en razón a que,

*[...] la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional [...] 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).*

Corresponde ahora determinar si hay lugar a imponer al ISS, la obligación pensional que se reclama, teniendo en cuenta que la demandante, con antelación a su afiliación al RAIS, hizo parte del régimen previsional público que quedó derogado con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones y que su ex empleadora cumplió con la obligación legal de afiliación al mismo.

Al respecto, cumple precisar, que de acuerdo con los artículos 11, 12, 15 y 151 de la Ley 100 de 1993, el sistema general de seguridad social, que integró el conjunto de instituciones, normas y procedimientos que hacen efectivo el derecho constitucional de seguridad social, ínsito en el artículo

48 de la CN, de aplicación obligatoria a *«Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley»*, entró a regir *«para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, [...] a más tardar el 30 de junio de 1995»*, razón por la cual, a partir de la citada fecha, o en una anterior, según la determinación *«[...] la respectiva autoridad gubernamental»*, tales servidores estaban obligados a afiliarse a cualquiera de los dos regímenes pensionales previstos en el artículo 12 de la citada ley, en armonía con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, es decir, el régimen solidario de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, administrado por los fondo privados.

En relación con el primero, cuyas características están descritas en el artículo 4º del citado Decreto, el artículo 6º *ibidem*, estableció que estaría conformado por *«el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación»*; sin embargo, el artículo 34 *ib.*, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores del niveles territoriales del sector público, que no podía exceder al 30 de junio de 1995.

Por tanto, a partir de la citada fecha, debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida, sin perjuicio del respeto de *«los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios*

*adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de [la Ley 100 de 1993] hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general», según el artículo 11 de la citada Ley.*

En relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los servidores públicos, el artículo 4º del citado Decreto 692 de 1994, estableció:

[...]

*Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

*Los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.*

*Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.*

*Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1º de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS. [...]*

De ahí, que resulta imperativo colegir que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieran el régimen de prima media con prestación definida, bien fuera

por liquidación o por la cesación de la obligación previsional de la caja o entidad pública que la tuviese a cargo, o porque se ingresara a laborar al servicio del Estado, quedarían *«vinculados al Instituto de Seguros Sociales»*, como administradora principal de dicho régimen.

Realiza la Corte la anterior remembranza normativa, porque de ella se colige que, ante la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al RPMPD, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4º del artículo 4º del Decreto 692 de 1994, *«quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales»*.

En consecuencia, ante la ineficacia de la afiliación de la actora a COLFONDOS S. A. y su retorno al RPMPD, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, la primera AFP deberá *«devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración»* a la segunda, conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, al señalarse en la última:

*Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:*

[...]

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

Lo anterior trae de suyo, que es COLPENSIONES la responsable del reconocimiento pensional a que hubiese lugar.

En relación con lo último, se impone a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la pensión que reclama.

En torno a ese aspecto del debate, cumple señalar que no es objeto de discusión que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la accionante contaba más de 35 años de edad, por lo que, en principio, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 *ibidem*.

Así se dice, pues la controversia que plantean las demandadas en la contestación a los hechos 1º y 2º de la demanda (f.º 69 y 89), se circunscribe a la pérdida de ese beneficio, en virtud de la afiliación al RAIS.

Al respecto, resulta necesario precisar que, como atrás se dijo, la ineficacia de la afiliación de la señora USUGA GIRÓN, dejó sin efecto alguno dicho acto jurídico, «*debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido*» (CSJ SL1421-2019), situación que conlleva a la ausencia de un traslado de régimen, que pudiese afectar el beneficio de transición que le cobija, puesto que, aunado a su edad, acreditó, que antes el 30 de junio de 1995, contaba con tiempo de servicio al sector público, como se constata en la certificación de folio 20, que da cuenta de que laboró a la ESE Hospital San Antonio del Municipio de Buriticá, del 1º de febrero de 1979 al 26 de octubre de 1996.

Ahora, teniendo en cuenta que la reclamante además prestó servicios a la Alcaldía Municipal de Buriticá del 02 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007, según la certificación de folio 29 *ibídem*, el régimen anterior aplicable es el del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que exige como requisitos para acceder a la pensión de jubilación, contar 20 años continuos o discontinuos de servicios al sector público y la edad de 55 años.

En relación con el cumplimiento de tales presupuestos, impera señalar que, según el registro civil de nacimiento obrante a folio 46, *ibídem*., la demandante nació el 5 de abril de 1957, por lo que satisfizo el requisito de la edad pensional, en igual fecha de 2012; además, según las certificaciones laborales antes referidas y las certificaciones en formato CLEB de folios 21 a 28 y 30 a 32, *ib.*, laboró al servicio de la

ESE Hospital San Antonio del Municipio de Buriticá, 17 años, 8 meses y 26 días y, en la Alcaldía Municipal de Buriticá, 3 años, 11 meses y 29 días, por lo que acreditó un total de 21 años 8 meses y 25 días de servicios al sector público, tiempo que supera la exigencia legal. De ahí que haya causado su derecho pensional el 5 de abril de 2012.

Lo anterior, con la precisión de que, a pesar de que el párrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, señaló que el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, dicha norma estableció una excepción para los trabajadores que tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a su entrada en vigencia, es decir, el 25 de julio de 2005, presupuesto que también satisfizo con creces la actora, pues a esa fecha contaba con 992.79 semanas de tiempo de servicio al Estado, razón por la cual el régimen de transición se extiende, en su caso, hasta el año 2014.

Por otro lado, en cuanto a la liquidación de la pensión, hay que decir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicó que la normativa anterior que se respetaría a sus beneficiarios, lo sería en cuanto a la edad, tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto pensional, regulando de manera expresa el IBL, de la siguiente manera:

*[...] El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al*

*consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos*

En tal contexto, teniendo en cuenta que, para el 30 de junio de 1995, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, para el sector público territorial, a la demandante le faltaba más de 10 años para causar efectivamente su derecho, en los términos de los artículos 1º de la Ley 33 de 1993, el IBL será el regulado en el artículo 21 de la primera ley, es decir, teniendo en cuenta el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, toda vez que no cuenta con 1.250 semanas de tiempo de servicio prestado al Estado.

El monto pensional corresponderá al 75 %, según el pluricitado artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

De donde, realizadas las operaciones matemáticas de rigor, según la información consignada en las documentales de folios 21 a 28 y 81 a 84, cuaderno principal, la primera mesada pensional de la demandante corresponderá a la suma de \$ 1.183.543.00, así:

IPCI	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DÍAS	IBC	SALARIO ACTUALIZADO	IPCF (dic. 2011)
						76,19
						SALARIO PROMI
5,81	12/10/1990	30/12/1990	79	\$ 98.520	\$ 1291952	28.351
7,69	10/1/1991	30/12/1991	360	\$ 125.070	\$ 1239.153	123.915
9,74	10/1/1992	30/12/1992	360	\$ 190.418	\$ 1489.522	148.952
12,19	10/1/1993	30/12/1993	360	\$ 196.985	\$ 1231.197	123.120
14,93	10/1/1994	30/08/1994	240	\$ 258.193	\$ 1317.597	87.840
14,93	10/9/1994	30/12/1994	120	\$ 258.193	\$ 1317.597	43.920
18,29	10/1/1995	30/01/1995	30	\$ 258.193	\$ 1075.545	8.963
18,29	10/2/1995	30/12/1995	330	\$ 439.230	\$ 1829.685	167.721
21,84	10/1/1996	28/02/1996	60	\$ 439.230	\$ 1532.277	25.538
21,84	10/3/1996	30/09/1996	210	\$ 555.193	\$ 1936.820	112.981
21,84	10/10/1996	10/10/1996	11	\$ 203.571	\$ 710.168	2.170
53,07	10/1/2004	30/12/2004	360	\$ 1256.654	\$ 1804.117	180.412
55,99	10/1/2005	30/01/2005	30	\$ 1332.053	\$ 1812.629	15.105
55,99	10/2/2005	30/03/2005	60	\$ 1332.000	\$ 1812.557	30.209
55,99	10/4/2005	30/05/2005	60	\$ 1332.053	\$ 1812.629	30.210
55,99	10/6/2005	30/07/2005	60	\$ 1332.000	\$ 1812.557	30.209
55,99	10/8/2005	30/08/2005	30	\$ 1332.053	\$ 1812.629	15.105
55,99	10/9/2005	30/12/2005	120	\$ 1332.000	\$ 1812.557	60.419
68,70	10/1/2006	30/12/2006	360	\$ 1423.000	\$ 1578.142	157.814
61,33	10/1/2007	30/12/2007	360	\$ 1490.000	\$ 1851021	185.102
			3600		\$ 31080.352	\$ 1578.057
					75%	\$ 1183.543

Ahora, conforme al artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a la pensión oficial del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y lo expuesto por la Corte en la sentencia CSJ SL8997-2016, que reiteró las CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 38027 y CSJ SL5504-2014, en principio, la demandante tendría derecho al disfrute pensional, desde la fecha en que se retiró definitivamente del servicio oficial, es decir, el 31 de diciembre de 2007; sin embargo, teniendo en cuenta que causó su derecho tan solo a partir del 5 de abril de 2012, cuando satisfizo el requisito de edad pensional, dicha prestación se reconocerá a partir de la última calenda, conforme a la documental de folios 21 a 32 y 81 a 84, cuaderno principal.

En consecuencia, se ordenará el pago de las mesadas pensionales retroactivas, que totalizan \$128.710.001, según los cálculos que quedan consignados en el siguiente cuadro:

VARIACIÓN ANUAL IPC		FECHAS		VALOR MESADA	No. PAGOS	VALOR RETROACTIVO
		DESDE	HASTA			
2011	3,73%	5/04/2012	31/12/2012	\$ 1.833.543	9,83	\$ 11.634.228
2012	2,44%	1/01/2013	31/12/2013	\$ 1.212.421	13	\$ 15.761.479
2013	1,94%	1/01/2014	31/12/2014	\$ 1.235.942	13	\$ 16.067.252
2014	3,66%	1/01/2015	31/12/2015	\$ 1.281.178	13	\$ 16.655.313
2015	6,77%	1/01/2016	31/12/2016	\$ 1.367.914	13	\$ 17.782.878
2016	5,75%	1/01/2017	31/12/2017	\$ 1.446.569	13	\$ 18.805.393
2017	4,09%	1/01/2018	31/12/2018	\$ 1.505.733	13	\$ 19.574.534
2018	3,18%	1/01/2019	30/07/2019	\$ 1.553.616	8	\$ 12.428.925
						\$ 128.710.001

Por otro lado, no se accederá a los intereses moratorios, porque «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», según lo indicó la Corte en la sentencia antes referida. Sin embargo, se otorgará la pretensión subsidiaria de indexación de las mesadas retroactivas que se causan, para lo cual la demandada deberá sujetarse a la siguiente fórmula:

Formula:

$$VA = V_h * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde:

“VA = corresponde al valor de la diferencia de cada mesada pensional a actualizar.

IPC Final = IPC mes en que se realice el pago.

IPC Inicial = IPC mes en que se causa la diferencia de la respectiva mesada pensional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL5045-2018, la Corporación ha reiterado que:

*[...] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente.*

Por otro lado, en lo concerniente indemnización de perjuicios pretendida, precisa la Sala que, como se decidió en un caso similar, en la sentencia CSJ SL1688-2019, no se accederá a ella, porque no existe en el expediente prueba cierta sobre los ocasionados a la accionante.

En cuanto a las excepciones de fondo propuestas por las demandadas, se declararán no probadas las de inexistencia de la obligación, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, petición antes de tiempo y prescripción, propuestas por COLFONDOS, así como inexistencia de la obligación e improcedencia de la indexación, imposibilidad de condena en costas, compensación y genérica, propuestas por COLPENSIONES, pues como se concluyó, la afiliación al RAIS de la demandante es ineficaz, sin que pueda ser estar afectada por

la prescripción y ésta cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión de jubilación que reclama.

Además, porque entre la causación del derecho pensional, que se itera, fue el 5 de abril de 2012, y la presentación de la demanda, esto es, el 16 de mayo de 2012, según acta de reparto anexa a la carátula del cuaderno principal, no trascurrió el término trienal del artículo 151 del CPTSS, por lo que las mesadas pensionales retroactivas tampoco estarían sujetas al plazo prescriptivo.

Se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación de pagar intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo atrás expuesto.

Finalmente, por ministerio del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se autorizará al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a realizar los descuentos para el subsistema de seguridad social en salud a la demandante.

Las costas procesales de primera instancia, estarán a cargo de la AFP COLFONDOS S. A.

Sin costas de segunda instancia, ante la prosperidad del recurso.

## XII. 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 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el tres (3) de octubre de dos mil trece (2013), en el proceso que instauró **MYRIAM DEL SOCORRO USUGA GIRÓN** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - y a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.

En sede de instancia, **REVOCA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), en cuanto declaró probada la excepción de prescripción interpuesta por las demandadas, así como las que implícitamente quedaron resueltas con su proveído, absolviendo al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y a **COLFONDOS S. A.** de todas las pretensiones formuladas en su contra, para en su lugar:

**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MYRIAM DEL SOCORRO USUGA GIRÓN** a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, suscrita el 1º de mayo de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora, así como el saldo de su cuenta de ahorro individual y la devolución de los bonos pensionales.

**TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de **MYRIAM DEL SOCORRO USUGA GIRÓN** la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, a partir del 5 de abril de 2012, en cuantía inicial de \$1.183.543,00, mensuales que deberá ser reajustada anualmente de conformidad con la ley, junto con una mesada adicional al año y las mesadas retroactivas, que para el mes de julio de 2019, totalizan \$128.710.001. Las mesadas pensionales retroactivas deberán cancelarse debidamente indexadas a la fecha en que se realice el pago, conforme a la fórmula expuesta en la parte motiva.

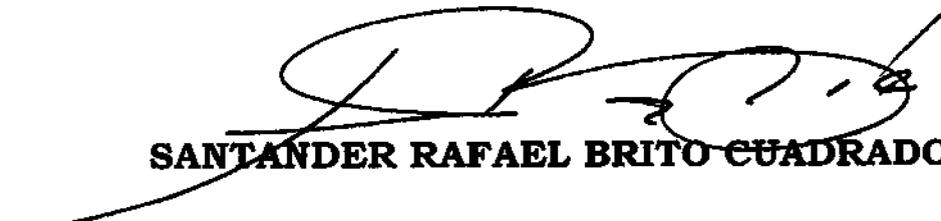
**CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, que descuenta de la pensión reconocida el valor de la totalidad de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud – EPS a la que se encuentre afiliada la accionante.

**QUINTO: ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - 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.

**QUINTO: DESESTIMAR** las excepciones de inexistencia de la obligación, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y petición antes de tiempo y prescripción, propuestas por COLFONDOS S. A., así como inexistencia de la obligación e improcedencia de la indexación, imposibilidad de condena en costas, compensación y genérica, propuestas por COLPENSIONES.

**SÉPTIMO:** Costas como quedó en la parte motiva.

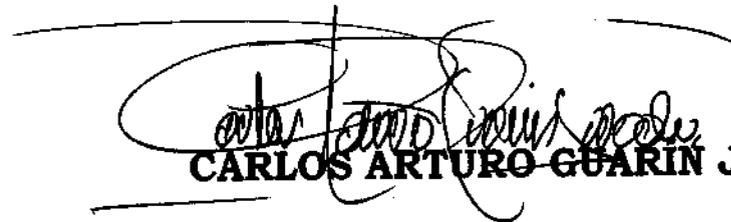
Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



**SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO**



**CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**



**CARLOS ARTURO GUARÁN JURADO**

  
República de Colombia  
Departamento de Antioquia  
Municipio de Medellín  
Calle de la Américas

Se deja constancia que en la fecha de este edicto.

Medellín, D. C. **30 JUL 2019** **8:00PM**

*[Signature]*

SECRETARÍA DE PLANEACIÓN

  
República de Colombia  
Departamento de Antioquia  
Municipio de Medellín  
Calle de la Américas

Se deja constancia que en la fecha de este edicto.

Medellín, D. C. **30 JUL 2019** **5:00PM**

*[Signature]*

SECRETARÍA DE PLANEACIÓN

  
República de Colombia  
Departamento de Antioquia  
Municipio de Medellín  
Calle de la Américas

Se deja constancia que en la fecha de este edicto.

Medellín, D. C. **02 AGO 2019** **5:00PM**

*[Signature]*

SECRETARÍA DE PLANEACIÓN