

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLAUDIA ESPERANZA AMEZQUITA MEDINA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-021-2021-00292-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 077

Medellín, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°011 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por la parte **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última entidad, respecto de la Sentencia Ordinaria del 05 de octubre de 2022, proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA ESPERANZA AMEZQUITA MEDINA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia al Régimen de Ahorro Individual, y que, como consecuencia de ello, se declare que siempre ha estado afiliada al RPMPD. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones realizadas por la demandante, así como lo concerniente a los bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, comisiones, gastos de administración y cuotas de seguros previsionales. **3)** De otro lado, peticionó ordenar a **COLPENSIONES**, reciba dichos aportes y los incorpore a la historia laboral de la actora. **4)** finalmente, deprecia se fulmine en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos indicando que, nació el 25 de diciembre de 1966, que estuvo afiliada inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado

por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**, indicando que posteriormente se traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.**, entidad que no le expuso un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, no le informó sobre su derecho de retracto; tampoco le explicaron las diferencias existentes entre uno y otro régimen pensional, ni le indicaron los factores que se debían tener en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto; continuó aseverando que no le fue referida la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD antes del cumplimiento de los 47 años de edad, ni en qué consistía la figura de los bonos pensionales, ni mucho menos se le brindó una reasesoría pensional.

Luego comenta que, para el día 29 de julio de 2003 suscribió formulario de afiliación con la AFP PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, entidad que asegura tampoco le brindó una correcta asesoría al momento de su vinculación. Finalmente, adujo que presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** (f.1 a 22 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** presentó con su escrito de contestación las siguientes excepciones de merito “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE* (...)” (f.1 a 20 Archivo 06 ED).

A su turno la demandada **PROTECCIÓN S.A.** propuso en su defensa como medios exceptivos los siguientes “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LA DEMANDADA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE* (...)” (f.1 a 33 Archivo 07 ED).

Finalmente, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER UNA PENSIÓN DE VEJEZ, CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, COMISIONES Y DEMÁS VALORES INDEXADOS, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN* (...)” (f.1 a 13 Archivo 08 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 05 de octubre de 2022, decidió:

“(...) 1. Declarar la ineficacia del traslado del (de la) demandante CLAUDIA ESPERANZA AMEZQUITA MEDINA del RPMPD al RAIS, y declarar la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

2. Ordenar a **PROTECCIÓN** el traslado a **COLPENSIONES** y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del (de la) demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

3. Se condena a **PORVENIR S.A.** a trasladar ante **COLPENSIONES** las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, indexadas al momento del pago,

descontadas de los aportes realizados en favor del demandante, durante todo el tiempo que este estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

4. Se declara probada la excepción de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás.

5. No se condena en costas a las partes.

6. Se ordenará el grado de CONSULTA en favor de COLPENSIONES en caso de no apelación por su apoderado. (...)”.

Para arribar a esta conclusión, el Juzgador de Primera Instancia sostuvo que, el demandante se encontraba inmerso en una causal de impedimento para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y no es beneficiario del régimen de transición por lo que no es válido dar aplicación a lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia C789 de 2002; tampoco hizo uso del derecho de retracto dentro de los cinco (5) días siguientes a su afiliación al RAIS ni solicitó su regreso al RPMPD antes de los 10 años previos al cumplimiento de la edad para obtener su pensión de vejez, estas dos últimas excepciones consagradas en el literal d) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Acto seguido aseveró que, actualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene una Jurisprudencia uniforme, pacífica y reiterada, en providencias como la SL31989 de 2008, SL46296 de 2014 y SL1452 de 2019, indicando que en casos similares al ahora estudiado se aplican principios como el de la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, explicando a su vez que es la AFP quien tiene la carga de la prueba y a quien le incumbe probar que en efecto brindó la debida asesoría al usuario, en orden a que este adoptase la decisión de vincularse al RAIS, sin que pueda ser el formulario de afiliación la única prueba para la demostración de la información suministrada, reiterando que es la Administradora de Pensiones del RAIS a quien le incumbe demostrar tal hecho, dada su responsabilidad profesional frente al deber de información que le correspondía.

Analizado el caso concreto señaló que, si bien dentro del expediente hay prueba de la reasesoría brindada para el año 2013, la cual denota que la demandante si tendría una afectación grave en la mesada pensional que eventualmente fuera a percibir en el RAIS, pues sería mucho mayor la mesada que percibiría en el RPMPD, esta información no fue oportuna, pues la asesoría eficiente es la que se ofrece en el momento correspondiente, esto es a momento de la afiliación.

Continuó recordando que las AFP deben brindar a los asegurados una información completa, clara, precisa y veraz, exponiéndoles las bondades, pero especialmente, las desventajas de los regímenes pensionales, con las consecuencias del traslado, a afectos de no ver afectadas sus prerrogativas, tales como la pensión. En ese sentido indicó que, conforme a las negaciones indefinidas esbozadas en la demanda, al tenor del artículo 167 CGP, correspondía a los fondos demandados demostrar la diligencia a la hora de asesorar a la actora, posición sostenida igualmente por la Sala Laboral del Tribunal de Medellín.

Seguidamente señaló que, la Jurisprudencia en esta temática ha considerado que para contemplar que el afiliado tomó una decisión autónoma y consciente, debe acreditarse que el citado conoció los riesgos y beneficios derivados del traslado de régimen, citando a manera de ejemplo las Sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1197-2021, línea que ha sido reiterativa en la jurisprudencia del Alto Tribunal de Casación Laboral, en el sentido de precisar que la afiliación y selección de régimen debe cumplir con unas formalidades, y que debe provenir de la decisión libre y voluntaria del afiliado.

A partir de lo expuesto anotó que, en el proceso no quedó demostrado por parte de la AFP el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley en relación con el deber de información para con el afiliado, conforme lo dispuesto en los Decretos 663 de 1993, 720 de

1994, 692 de 1994, Ley 100 de 1993, Circulares 58 de 1998 y 001 de 2004 emitidas por la Superintendencia Bancaria, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014 y la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Ante esa circunstancia agregó que, la suscripción del formulario no es suficiente para probar el deber de información (SL1147-2021), y menos el comunicado de prensa aportado por el fondo privado.

En consecuencia, concluyó la procedencia de declarar la ineficacia del traslado solicitada, debiendo la AFP devolver todo lo recibido con ocasión de la afiliación del actor, incluido lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima (SL1421-2019), sin que pueda tenerse como susceptible de la prescripción la acción, conforme lo dispuesto en sentencias como la SL11428-2016.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, presentó recurso de apelación de manera parcial, aduciendo que ya es pacífica la jurisprudencia de la Sala Laboral tanto de este Tribunal Superior como de la Corte Suprema de Justicia respecto de las sumas de dinero que deben trasladar los fondos privados de pensiones en procesos de ineficacia de traslado, indicando que no solo debe trasladarse los aportes y rendimientos tal como fue ordenado, sino también las comisiones, seguros previsionales y gastos de administración, sumas que incluso deben devolverse de manera indexada, señalando que debe extenderse dicha condena a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, como quiera que dicha entidad tampoco logró acreditar que ilustro en debida forma a su poderdante, al momento del traslado horizontal realizado entre fondos pensionales.

Así mismo, mostró su inconformismo respecto a la absolución de condenar en costas a las entidades demandadas, especialmente frente a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, aduciendo que aquellas presentaron una oposición férrea a las pretensiones de la demanda desde la contestación, condena que incluso es producto de una aplicación objetiva de la norma que, si bien puede mirar cuestiones de buena o mala fe, es claro que en todo momento hubo una oposición a lo deprecado en el presente proceso.

La apoderada de **PORVENIR S.A.**, indicó que no comparte la declaratoria de ineficacia, considerando que su representada brindó la información necesaria a efectos de que el demandante tomara la decisión que más le convenía y se ajustara a sus intereses, estando demostrado también que, sí recibieron una asesoría por esta entidad, dejando sin piso lo manifestado desde el escrito gestor, recalcando como prueba de ello, el formulario de afiliación allegado. En esa senda, sostuvo que no hay lugar a trasladar los dineros recaudados producto de la afiliación del actor a este fondo pensional.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 107 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de **PORVENIR S.A.**, aduciendo que no hay razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado deprecado, en la medida en que la entidad cumplió con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, dado que le entregó a la parte la información relacionada con el RAIS, sin que exigiera la acreditación documental de información, dado que esta exigencia surgió con la Circular No. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, añadiendo que obligaciones de doble asesoría o del buen consejo surgieron entre 2010 y 2014, conforme lo señaló la jurisprudencia en sentencias SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3464-2019. Agregó que no se puede beneficiar la demandante de su propia culpa, pues no hizo preguntas o indagaciones al momento de la

suscripción del formulario.

De otro lado, expuso que, de considerarse la confirmación de la decisión, debe revocarse lo atinente a la devolución de lo descontado por gastos de administración, deducidas por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con los cuales se cumplió su cometido, esto es, la generación de rendimientos y cubrimientos de riesgos de invalidez y muerte, cuestiones que no pueden retrotraerse. Por último, repitió su postura en cuanto a las restituciones mutuas, y la afectación a la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado o afiliación al RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto a las administradoras demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos; y, por último, se analizará si hay lugar a condenar en costas a las AFP demandadas **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **CLAUDIA ESPERANZA AMEZQUITA MEDINA** estando afiliada en pensiones al ISS entidad a la que realizó cotizaciones entre 1987 y 1995, decidió trasladarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** el 16 de noviembre de 1995 (f. 1 a 5 y 25 Archivos 09 y 06 ED).
- (ii) Que vinculada al RAIS realizó traslado horizontal a la AFP PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 22 de agosto de 2001, retornando a **PORVENIR SA** el 26 de marzo de 2002 (f.46-47 y 24 Archivos 07 y 06 ED).
- (iii) Que el 29 de julio del año 2003 la demandante suscribió nuevo contrato de afiliación con PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f.41 y 46-47 Archivo 07 ED).
- (iv) Que el 22 de agosto de 2021 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición despachada desfavorablemente a través de oficio de la misma calenda (f. 36-37 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de

afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

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

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

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

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

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

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

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional. La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada

uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido el Alto Tribunal que, la mera firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la ineficacia y no desde la nulidad, centrándose el análisis de la libertad afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP, que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba

acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios que muestra la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** (f. 25, 46-47, 24 y 41 Archivo 06 y 07 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, pues ni siquiera se allegó el formulario de afiliación de la actora suscrito a este último régimen, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte (Min. 08:44 a 30:48 Archivo 21 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la actora lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, estima la Sala que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** entidad con la cual se materializó el traslado al Régimen de Ahorro Individual, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original,

esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PORVENIR S.A** entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad. (CSJ SL2877-2022)

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia que, toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022).

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A** y **PROTECCIÓN S.A.** pues, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comentario está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratados por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron

efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

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

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

En este orden de ideas, atendiendo a lo considerado hasta aquí, le asiste razón al apoderado de la parte demandante respecto a los dineros que deben ser reintegrados por las Administradoras del RAIS demandadas, además debe tenerse en cuenta que la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, por lo que en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que también traslade lo descontado por *gastos de administración y primas de seguro previsional*, rubros que junto a lo correspondiente al *fondo de garantía de pensión mínima* deben ser reintegrados de manera indexada, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, debe adicionarse el numeral tercero, ordenando a **PORVENIR S.A.** que traslade igualmente lo correspondiente al *fondo de garantía de pensión mínima*, rubro que también debe ser reintegrado de manera indexada.

De igual forma, y para mayor claridad de los recursos que se están trasladando al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se dispondrá que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se

le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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

En cuanto al recurso interpuesto por el mandatario de la parte demandante, relativo a que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. debieron ser condenadas al pago de las costas en primer grado conforme el art. 365 del C.G.P., considera la Sala que le asiste razón, pues al revisar el actuar de esas entidades durante el curso del litigio, se advierte sin mayor dificultad que las mismas mantuvieron su resistencia a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo incluso excepciones de mérito resultando vencidas en juicio. En consecuencia, se revocará la decisión absolutoria de primer grado en este tópico.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará y revocará la sentencia en los aspectos descritos y se confirmará en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia del 05 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por gastos de administración y primas de seguros previsionales, sumas de dinero que, junto con lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser devueltos de manera indexada.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO**, de la parte resolutive de la Sentencia del 05 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, con la siguiente disposición:

- **ORDÉNASE** a **PORVENIR S.A.** que traslade igualmente lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, rubro que igualmente será devuelto de manera indexada.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

CUARTO: REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia enunciada, en lo atinente a la absolución de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** respecto de las costas, para en su lugar, **CONDENAR** a dichas entidades al pago de este concepto causado en primera instancia. Tásense en la primera instancia.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia consultada.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA