

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	NUBIA STELLA CHÁVEZ NIÑO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 011 2021 00024 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ACLARA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 087

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°012 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia N° 123 del 6 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

Se reconoce personería a la abogada **LILIANA CHÁVES ORTEGA**, identificada con T.P. No. 303.709 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 07 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **NUBIA STELLA CHÁVEZ NIÑO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el RPMPD al RAIS. **2)** En consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos recaudados con ocasión a su vinculación a cada una de aquellas, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos. **3)** Así mismo, deprecó porque se ordene a **COLPENSIONES**, recibir los recursos provenientes del RAIS, se la tenga como su afiliada al RPMPD, y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas ante las AFP.

Como sustento de lo instado adujo haberse afiliado en pensiones al RPMPD administrado por CAJANAL, entidad en la que permaneció hasta 1995, año en el que decidió trasladarse de régimen pensional, para afiliarse a **PROTECCIÓN S.A.**

Señaló que, no obstante, al momento del traslado, no recibió del fondo privado una información clara, verídica y precisa respecto de los beneficios y desventajas de estar en uno u otro régimen, faltando con ello al principio de buena fe y deber de información, dado que no se le asesoró sobre cuál de estos le convenía más, de acuerdo con sus condiciones particulares.

En ese sentido afirmó que, no se le explicó cual debía ser el monto que tendría que acumular en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a determinada edad, y mucho menos la forma en que se distribuiría su cotización, lo relacionado con el bono pensional, el derecho de retractor; así como tampoco recibió proyección de lo que sería su mesada y los factores que influyen en su liquidación, al igual que las modalidades de ahorro que contribuirían en el incremento de su eventual mesada. Todo lo anterior, adujo, pese a que la AFP en comento tenía a su cargo, como responsabilidad de carácter profesional, la de asesorarla eficazmente respecto de la decisión de traslado.

Que posteriormente, el 1 de julio de 1997, decidió trasladarse a la AFP **PORVENIR S.A.**, cambiando entre esta entidad y **PROTECCIÓN S.A.** en varias oportunidades, para recalar en esta última en el año 2003, y donde actualmente permanece afiliada.

Señaló que, de permanecer en el RAIS su posible pensión sería de \$4.916.973, mientras que en el RPMPD la mensualidad alcanzaría la suma de \$11.156.124, lo que denota una desventaja que no le fue explicada a la hora de vincularse al RAIS. Por lo anterior afirmó que solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPMPD, petición de la que no recibió respuesta (f. 2 a 28 Archivo 01 ED).

### CONTESTACIONES

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 17 Archivo 05 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que, al momento de la vinculación de la demandante a esta entidad, se le ofreció una afiliación informada, libre de presiones o engaños. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 33 Archivo 07 ED).

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL 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 26 Archivo 08 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 123 del 6 de octubre de 2022, decidió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación al RAIS de la señora NUBIA STELLA CHAVEZ NIÑO quien se identifica con cédula de ciudadanía n.º 51567352 administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA., a trasladar del RAIS al RPMPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE los aportes de la demandante como son cotizaciones, gastos de administración (las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima) con todos sus frutos e intereses, y, también deberá trasladar la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a trasladar los aportes de la demandante consistentes en los gastos de administración (las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima), la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo vinculada a dicha administradora, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.*

*CUARTO: Se ORDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA., a indexar los dineros a devolver por gastos de administración, (costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna e igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes, IBC y demás información importante que los justifique.*

*QUINTO: Todos estos valores deberán ser consignados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION SA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE quien deberá recibir los dineros y reactivar la afiliación de NUBIA STELLA CHAVEZ NIÑO al RPMPD sin solución de continuidad.*

*SEXTO: Las COSTAS están a cargo de las entidades demandadas dentro de la cual se fija como agencias en derecho la suma de \$3'000.000,00 de la cual corresponde el valor de \$1'500.000,00 a PROTECCION SA., \$1'000.000,00 cargo de PORVENIR SA. y la suma de \$500.000,00 a cargo de COLPENSIONES EICE. (…).”*

Para arribar a esta conclusión, el Juzgador comenzó 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.

Indicó que, conforme a las negaciones indefinidas esbozadas en la demanda, al tenor del artículo 167 CGP, corresponde a los fondos demandados demostrar la diligencia a la

hora de asesorar a la actora, posición sostenida por la Sala Laboral del Tribunal de Medellín.

Seguidamente señaló que, la Jurisprudencia en esta temática ha considerado que para entender que el afiliado tomó una decisión autónoma y consciente, se debe acreditar que el citado conoció los riesgos y beneficios derivados del traslado de régimen, trayendo a colación para sostener su tesis, las Sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1197-2021, línea que ha sido reiterativa en el 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, cuestión a la que se aúna el hecho de que la demandante no tenía conocimientos sobre el ámbito pensional.

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 el Decreto 663 de 1993. Ante estas circunstancias agregó que, la suscripción del formulario no es suficiente para probar el deber de información (SL1147-2021).

En consecuencia, concluyó en punto a 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 los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima (SL1421-2019), sin que pueda tenerse la acción como susceptible de la prescripción, conforme lo dispuesto en Sentencias como la SL11428-2016.

### RECURSO DE APELACIÓN

La mandataria de **PORVENIR S.A.** presentó apelación frente a la orden impuesta a su representada, respecto de devolución de gastos de administración y demás, anotando que no puede aplicarse el precedente de manera objetiva, en tanto deben analizarse las circunstancias particulares de cada caso, por lo que no es factible ordenar la devolución de tales sumas que también se descuentan en el RPMPD según lo ordenado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, rubros que no forman parte del capital que financia la pensión de vejez y son susceptibles de prescribir.

En ese sentido expuso que, en concepto del año 2020 la Superintendencia Financiera precisó que, en materia de traslado de régimen, solo es viable retornar las cotizaciones y rendimientos, postura aceptada en sentencias de otros tribunales del país.

Por último, el abogado de **COLPENSIONES** petitionó la modificación de la sentencia, afirmando en primer lugar que, los Decretos 633 de 1993, 692 y 720 de 1994, regulan responsabilidades exclusivas a cargo de los fondos privados, considerando necesario cambiar el esquema de responsabilidad que endilga la carga económica en contra de su representada, pues ello transgrede el principio de sostenibilidad financiera y de confianza legítima, en la medida en que dicha entidad no puede soportar cargas creadas por la desatención de las obligaciones del fondo privado, por lo que el pago de la eventual pensión debería estar a cargo del fondo privado, o reajustar los valores a devolver a su representada.

Así mismo anotó que, no resulta razonable que las AFP se enriquezcan con su falta de responsabilidad, y a la par descapitalicen los recursos comunes y públicos de los afiliados al RPMPD, por omisiones ajenas a la administradora de este, ello con el fin de responsabilizar al verdadero causante de tales omisiones, al quedar demostrada la falta al deber de información.

Por último, apuntó contra la condena en costas procesales que le fuera impuesta, tras

recordar que esta demandada no incurrió en desatención a sus obligaciones, que llevaron a la iniciación del presente proceso.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto No. 093 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados del **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la Sentencia de Primer Grado, reiterando los mismos argumentos expuestos desde la presentación de la demanda, como quiera que no se acreditó una debida asesoría a su poderdante al momento de tomar la decisión del traslado al RAIS (Archivo 06 ED).

El apoderado de **COLPENSIONES**, presentó alegatos de conclusión expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna. Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 a 167 CGP.

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

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento alguno (Archivo 08 ED Tribunal).

Finalmente, el apoderado de **PORVENIR S.A.** Dentro del término oportuno, la mandataria de PORVENIR S.A. alegó pidiendo la revocatoria de la sentencia, en la medida en que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, y ninguna de las circunstancias del artículo 1741 código civil, lo que conduce a tener como eficaz el traslado realizado, aunado a que tampoco aparece tan clara la ejecución de actos atentatorios contra el derecho a la libre selección del afiliado, conforme lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que en su consideración, ni siquiera se acerca a lo reglamentado en el ámbito civil, como tampoco al artículo 899 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo expuso que, el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 54A CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia de la afiliada en el régimen privado,

resaltando que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos a trasladar solo son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas, citando como refuerzo de sus argumentos el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, para mencionar de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, emolumentos que además son susceptibles de prescribir, de conformidad con los artículos 488 CST y 151 CPLSS (Archivo 09 ED Tribunal).

### PROBLEMA JURÍDICO

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

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si procede la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, así como a revocar la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**.

Se dispone la Sala a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **NUBIA STELLA CHÁVEZ NIÑO** prestó sus servicios en la Departamento de Cundinamarca entre los años 1985 y 1987, efectuando cotizaciones a pensión durante dicho periodo a CAJANAL (f. 65 a 66 Archivo 08 ED).
- (ii) El 30 de octubre de 1995 la demandante resolvió afiliarse al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; posteriormente, el 20 de mayo de 1997 se pasó a **PORVENIR S.A.**, y tiempo después, el 17 de abril de 2001, procedió a cambiarse a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 34 y 63 a 64 Archivo 08 ED y f. 83 Archivo 07 ED).
- (iii) Que el 30 de diciembre de 2002 la accionante se trasladó nuevamente a **PORVENIR S.A.**, decidiendo luego regresar a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 22 de agosto de 2003, entidad a la que permanece afiliada en la actualidad (f. 63 a 64 Archivo 08 ED y f. 84 Archivo 07 ED).
- (iv) Que el 20 de junio de 2020 la accionante remitió a **COLPENSIONES** solicitud tendiente a que se declarase la nulidad de traslado de régimen; sin que se observe en el expediente respuesta a la misma (f. 96 a 98 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un

sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

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

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

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

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

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

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

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 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 solo con la 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 a fin de 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 a vinculación 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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.**, así como el certificado de SIAFP – ASOFONDOS que da cuenta de la vinculación de la actora a COLMENA e ING - ambas integradas a **PROTECCIÓN S.A.** - (f. 83 a 84 Archivo 07 ED y f. 63 a 64 Archivo 08 ED) , realmente nada se logra extraer 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que, al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles.

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, 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. 29:27 a 49:12 Archivo 13 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

Se observa aquí en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la imposición de su permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de la 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 demandante 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 el 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial de la demandante, 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 el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

Valga aclarar que la demandante no estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, pues de hecho, se observa que su vinculación se registraba ante CAJANAL (f. 65 a 66 Archivo 08 ED), en su calidad de servidora pública con el Departamento de Cundinamarca, razón por la cual, al restituirse el *statu quo*, gracias al efecto de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media con prestación definida, a saber, **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, términos en los que justamente lo ha concluido la Jurisprudencia, *verbigracia*, en Sentencias SL2932-2022 y SL3891-2022.

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 razón válida para que **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la que está afiliada en la actualidad, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir 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 **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 pese a lo señalado por la AFP recurrente, 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 comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos 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 este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a las demandadas. No obstante, habrá de aclararse el numeral segundo de la decisión estudiada, a efectos de precisar que, dentro de los recursos a devolver por parte de **PROTECCIÓN S.A.** debe incluir los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aspecto que, si bien fue debidamente estudiado y definido en la parte considerativa de la decisión, no quedó discriminado debidamente en su acápite resolutivo.

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, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (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.

Finalmente, en cuanto al reproche de **COLPENSIONES** respecto a las costas procesales impuestas a su cargo, debemos indicar que este cuerpo colegiado estima que el art. 365 CGP, norma aplicable en materia laboral, conforme a las voces del Art. 145 de nuestro estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, establece en su regla 1ª que: *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*.

Sin embargo, en el caso de COLPENSIONES, es importante tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no deviene de una actuación que le fuese imputable a esa entidad, sino que fue convocada a juicio, a fin de atender los efectos de la pretensión principal - ineficacia de una afiliación a pensiones -, cuya condena derivó de las actuaciones de un tercero frente al demandante; así entonces, la vinculación de COLPENSIONES se surtió para que esta recibiera a la actora, persona a la que se le debe garantizar su vinculación al sistema general de pensiones, ante la pretendida ineficacia de su vinculación al fondo al que se encuentra vinculada en la actualidad. Es así que, las condenas que asume solo surgen como consecuencia de la decisión de esta providencia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, lo que nos lleva a revocar parcialmente dicho punto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**, confirmándose en lo demás la providencia apelada y consultada. 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,

## RESUELVE

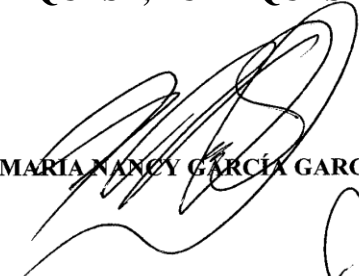
**PRIMERO: ACLARAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 123 del 6 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de precisar que dentro de los recursos a devolver por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, deben incluirse los **RENDIMIENTOS** generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme lo precisado en la parte considerativa.


**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEXTO** de la decisión estudiada, en lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**, y en su lugar, absolver a dicha entidad de este rubro.

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

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

  
MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

  
ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA