

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA LUCERO TORRES RODRÍGUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE ENVIGADO
RADICADO	05266-31-05-001-2022-00046-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 269

Medellín, treinta y uno (31) de octubre 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° 038 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES.**, así como GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia Ordinaria N° 085 del 04 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA LUCERO TORRES RODRÍGUEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que se ordene a **PORVENIR S.A.** devolver todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, bonos pensionales, sin descontar los gastos de administración y las cuotas de seguros previsionales. **3)** Acto seguido, solicita se ordene a **COLPENSIONES** reciba los emolumentos provenientes de la AFP del RAIS y reactive la afiliación de la demandante a este régimen pensional sin solución de continuidad. **4)** Luego, suplicó condena a **PORVENIR S.A.**, al pago de perjuicios, **5)** Finalmente, solicita se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pedimentos manifestó la accionante que nació el 31 de julio de 1965, afiliándose en pensiones al entonces Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**, cotizando allí un total de 432.4 semanas.

Respecto a su afiliación al RAIS, hecho que sucedió para el año 2000, sostiene que, mientras laboraba en el hospital del municipio de San Jerónimo, con aprobación del empleador, varios trabajadores fueron reunidos con el fin de que suscribieran el formulario de traslado de aportes a **PORVENIR S.A.**, trámite que se realizó sin ningún tipo de información clara, ni suficiente, por parte del asesor; y tampoco se les explicaron implicaciones tendría este traslado,

ni mucho menos se las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales existentes; agrega que tampoco tuvo una reasesoria pensional antes del cumplimiento de los 47 años.

Por último, expone que a través de reclamaciones que se allegan al plenario, solicitó a ambas entidades demandadas la declaratoria de la ineficacia del traslado al RAIS y se le permitiera de nuevo su afiliación a **COLPENSIONES**, peticiones que fueron resueltas de manera desfavorable por las entidades aquí accionadas.

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones arguyendo que el traslado se realizó de forma voluntaria y consciente, posteriormente propuso las siguientes excepciones de mérito : “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 2 a 19 Archivo 08 ED).

Finalmente, **PORVENIR S.A.** manifestó que no había lugar a conceder las pretensiones de la demandante, proponiendo las siguientes excepciones de fondo “(...) *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. 2 a 41 Archivo 14 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE ENVIGADO, mediante *Sentencia N° 085 del 04 de septiembre de 2023*, dispuso

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado al RAIS de **MARIA LUCERO TORRES RODRÍGUEZ** quien se identifica con cédula de ciudadanía n.º21.552.448, administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** Nit n.º 800.144.331-3.

SEGUNDO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado.

TERCERO: Se ORDENA a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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) 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, IBC, aportes y demás información importante que los justifique.

CUARTO: Todos estos valores deben de ser consignados por **AFP PORVENIR S.A** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE**, quien deberá recibirlos y activar la afiliación dentro del RPMPD de **MARIA LUCERO TORRES RODRÍGUEZ**, sin solución de continuidad.

QUINTO: Las **COSTAS** están a cargo de las entidades demandadas dentro de la cual se fija como agencias en derecho para el presente proceso, el valor equivalente a 1 Y MEDIO SMLMV, es decir, la suma de \$1'740.000,00, a cargo de **PORVENIR SA** el valor de \$1'160.000,00 y la suma de, \$580.000,00 a cargo de **COLPENSIONES EICE** y en favor de la parte demandante.

SEXTO: NO PROSPERA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por las entidades demandadas. (...)”.

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 pensionales.

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 considerar 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, citando a guisa de ejemplo las sentencias N° 33083 de 2011, 46292 de 2014, 55050 de 2014, 47125 de 2017, 46292 de 2017, 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.

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 a 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, Decreto 2555 de 2014, modificado por el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Ante estas circunstancias 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 en la procedencia de declarar la ineficacia del traslado solicitada, debiendo las AFP del RAIS 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

El apoderado de la **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la *sentencia de primer grado*, manifestando que no comparte la decisión del *A quo* en lo referente a la declaración de la ineficacia, pues considera que esta no se debió declarar, pues tal y como lo indicó la demandante dentro del interrogatorio de parte, su traslado obedeció a una decisión voluntaria, y por esto no habría razón para que se apliquen las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, sumado a que dicho traslado fue acompañado por un asesor comercial, el cual en dicha fecha le suministró información acerca de las características y beneficios propios del RAIS.

Así mismo solicitó que se tenga en cuenta lo manifestado por la actora, referente a los cuestionamientos sobre alguna circunstancia de modo, que indica no recordar de manera concreta ciertas formalidades, por lo que manifestó el recurrente que en el presente caso se da una presunción de incongruencia en cuenta a la negación indefinida que se realiza en el escrito de demanda, por lo que no habría lugar de invertir la carga de la prueba sobre **PORVENIR S.A.**, en este asunto.

Seguido a esto, arguyó que al haber suscrito la demandante el formulario de afiliación, este cumplió con los requisitos que se exigían en el artículo 11 de Decreto 692 de 1994, debiendo tener en cuenta también que la motivación para el traslado del régimen pensional, es el valor de la eventual mesada pensional que obtendría en el régimen público de pensiones, debiéndose tener en cuenta la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral desde año 2008, que el incumplimiento en cuanto al monto de una eventual mesada pensional no se puede entender como un engaño o falta de información, pues para su representada le resultaba imposible el realizar una proyección pensional y tampoco era una obligación, pues dichas reglas nacieron con posterioridad a la fecha en que se realizó el acto de vinculación.

En esa senda, señaló que la demandante durante el tiempo de su vinculación nunca presentó alguna queja o reclamación por la administración de sus recursos, por lo que tampoco hay razones para que la accionante se beneficie de su propia culpa, pues ni siquiera se acercó a las oficinas de **PORVENIR S.A.** para absolver las dudas que presentaba.

Indica también que, se opone a la devolución de los gastos de administración, en atención a que estos rubros fueron descontados por la disposición legal contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sumado a que los dineros por gastos de administración generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora, recalcando que los dineros descontados por seguros previsionales fueron pagados a una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, oponiéndose también a la indexación de estos rubros, puesto que con la devolución de los rendimientos que se ordena en el proveído se generaría una doble condena a su representada, y un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**.

Finalmente, aduce tampoco hay lugar al traslado del fondo de solidaridad pensional, en el entendido de que estos recursos son descontados de conformidad con el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, pues su finalidad no es subsidiar la prestación que le pueda corresponder a la demandante, sino la de otros afiliados, oponiéndose a la condena de costas impuesta, por cuanto está demostrado que **PORVENIR S.A.** siempre obró de buena fe, aplicando la normatividad de la época en que se produjo el traslado de régimen pensional.

A su vez, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que sea revocada de manera parcial, pues indica que su representada debe ser absuelta de las costas procesales, toda vez que esta entidad ha obrado de buena fe y es un tercero ajeno que no intervino en la libre decisión de la afiliada para trasladarse al régimen privado y, por lo tanto, no generó, ni intervino en el trámite de afiliación.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de **COLPENSIONES** alegó de conclusión manifestando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, aunado a que, procesalmente, dijo, aquella no logra

demostrar la existencia de vicios del consentimiento (Art. 1740 Código Civil), pues si bien se está frente a un error, este no tiene la fuerza de repercutir en la eficacia del actor jurídico de traslado, celebrado entre la citada y la AFP, nulidad que tampoco fue alegada dentro del plazo reglado en el artículo 1750 Código Civil, misma que, en su sentir, debe entenderse saneada.

Respecto de la carga de la prueba, insistió en la falta de demostración de vicios del consentimiento, yendo más allá en el sentido de argumentar que, conforme las reglas sustantivas civiles, pese a lo considerado por la Jurisprudencia, la carga demostrativa en este caso corre por cuenta de la accionante. Seguido, expresó que, conforme los lineamientos de la del Decreto 663 de 1993 sobre el deber de información, esto solo se materializó posteriormente con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo que deja a los fondos únicamente con la información de los formularios de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, informado y sin presiones, aclarando que, sin pasar por alto la obligación a su cargo, también era obligación de la usuaria concurrir suficientemente informada a la escogencia de régimen pensional.

De otro lado, habló sobre la descapitalización del sistema pensional de tener que recibir a la demandante como consecuencia de declararse la ineficacia del traslado, conforme lo indicado en Sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, T-489 de 2010 y SU-130 de 2013.

No obstante, aseveró que, de mantenerse la ineficacia, se ordene a la AFP la devolución de todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo lo abogado al fondo de garantía de pensión y los gastos de administración, estos últimos debidamente indexados (Archivo 03 Tribunal).

La apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho en su recurso de alzada, en lo concerniente a que, para el momento del traslado de la demandante, cumplió con el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993, sumado a que la parte tuvo varias oportunidades de cambiarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

Manifestó que la prueba documental que se extraña por el Juez, surgió solamente desde la Circular No. 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, y exigencias como el buen consejo y la doble asesoría, nacieron entre los años 2010 y 2014. Así mismo resaltó que, hubo un incumplimiento de los deberes a cargo del demandante, dado que no realizó comparaciones entre los regímenes, y tampoco formuló preguntas al momento de suscribir el formulario de afiliación, o a través de los canales de información dispuestos por esta entidad.

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que ha sido cumplida plenamente, y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, por la indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas, que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 04 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, 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 llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, lo destinado al fondo de solidaridad pensional y demás emolumentos que se ordena devolver; analizándose igualmente, si procede la indexación de las condenas conforme lo ordenó la Juez

de Primera Instancia y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada. Por último, se auscultará si hay lugar a la revocatoria de las costas impuestas a las entidades demandadas

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 **MARÍA LUCERO TORRES RODRÍGUEZ** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1989 y el 2000 (f. 20 a 25 Archivo 08 ED).
- (ii) Que el 29 de marzo del año 2000 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A**, (f. 62 Archivo 14 ED).
- (iii) Que previa reclamación realizada por la demandante, PORVENIR S.A., negó la solicitud de ineficacia del traslado deprecada, a través de comunicado 21 de octubre de 2021 (f.171 a 173 Archivo 14 ED).
- (iv) Que el 27 de septiembre de 2021 y previa reclamación **COLPENSIONES**, negó la solicitud de traslado de régimen pensional mediante oficio del 27 de septiembre de 2021 (f. 49 a 51 Archivo 03 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).

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. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiere traer en el futuro pensional. (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 de cierre en materia laboral que, la sola 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 se instituye 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, excluyendo 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 el afiliado acredite tales aspectos o esté informado 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 el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 62 Archivo 14 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RMPD 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; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 52:26 a 1:04:48 Archivo 15 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

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 este 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 del afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la demandante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga 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.**, 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 2° 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.**, 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 a la 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 esbozado por el apoderado 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.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.** pues pese a lo señalado en la alzada, 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 del 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).

Arguyó igualmente el apoderado de **PORVENIR S.A.** que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración* es incompatible con la devolución de los *rendimientos*, pues en su sentir comporta una doble erogación.

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo argüido por la recurrente, que no resulta discordante la condena a ambos conceptos, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencias CSJ SL2611-2020, SL 4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021), y además está fijada sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se causaron los rendimientos.

Se precisa en relación con los *rendimientos*, que estos se generan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal; y de otra parte se

ubican los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos que también comprenden las cotizaciones efectuadas al RAIS, y sobre los que ningún rédito adicional se genera, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

Así queda dilucidado que, al tratarse de diversas erogaciones, exigen una determinación precisa para cada uno respecto de su reconstrucción o beneficios; por una parte, los *aportes*, que generaron unos *rendimientos*, que además se estipulan como un imperativo legal, disponiéndose incluso por el legislador un importe mínimo para este efecto, de allí que no pueda tenerse como una dádiva o beneficio extraordinario ofrecido por el administrador; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

En lo relativo a los **rendimientos** debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, 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 allí, 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 ilación con lo antedicho, 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.

Cabe reseñar que el *A quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al *Fondo de Solidaridad Pensional*, descuento sobre el cual advierte la Sala no deviene procedente su devolución, en razón a que no se trata aquel de un fondo exclusivo del RAIS, como si lo es el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, amén que tampoco se constituyen tales aportes en garantía de las pensiones de los asegurados.

El Fondo de Solidaridad Pensional se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados, según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003), recursos que una vez recaudados, deben ser trasladados a aquel en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

En las voces del artículo 26 de la ley 100, se establece que este fondo tiene como propósito “*subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas*

asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”, es decir, que no forman parte del fondo común que se constituye para la garantía de las pensiones del régimen prima media (sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), de donde se colige que su devolución es improcedente, por cuanto tienen una destinación específica y diversa a la financiación de las pensiones del RPMPD, en razón de lo cual se procederá a **REVOCAR** la orden impartida en el fallo del *a-quo* sobre la devolución de este emolumento.

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 (SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** respecto de la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo reclamado, por la AFP del RAIS, pues debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes. Además, que las actuaciones u omisiones traídas a juicio, derivan de la citada entidad al momento de ofrecer la afiliación de la accionada al régimen privado de pensiones, viéndose obligada la accionante a ejercer esta acción para conjurar los efectos nocivos de la falta de información endilgada a la AFP accionada.

No obstante, en el caso de la Administradora de Pensiones debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no deriva de una conducta que le sea atribuible a ella, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por las omisiones que se evidenciaron respecto de terceros con la demandante; así que las condenas que asume hoy **COLPENSIONES** solo surgen con ocasión de la decisión de esta providencia, de vincularla al proceso, para extender los efectos de la ineficacia de la vinculación al RAIS y el retorno al RPMPD, garantizando la vinculación de la accionante al Sistema General de Pensiones, y no de su conducta frente al accionante, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, lo que nos lleva a revocar parcialmente este punto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará la Sentencia en los puntos descritos y se confirmará el resto de la decisión estudiada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia No. 085 del 04 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, en cuanto dispuso el traslado de los aportes destinados al **Fondo de Solidaridad Pensional**, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO**, respecto a la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

CUARTO: 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,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA