

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
LITIS CONSORCIO	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-009-2021-00417-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Primera Afiliación
DECISIÓN	MODIFICA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 254

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°035 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN propuesto por el apoderado de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 27 de junio de 2023, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, permitiéndose su elección del RPMPD a cargo de **COLPENSIONES**. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones realizadas en el RAIS, bonos pensionales, aportes obligatorios, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos que integren la cuenta de ahorro individual. **3)** Así mismo, pidió ordenar a **COLPENSIONES** que active su afiliación al RPMPD y recibir los recursos provenientes del RAIS.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 05 de agosto de 1962, comenzando su vida laboral al servicio del municipio de San José de la Montaña a partir del 10 de diciembre de 1984 hasta la fecha, ocupando los cargos de Auxiliar/Almacenista y Bibliotecaria.

Respecto a su afiliación al Régimen General de Pensiones, sostuvo que una vez este entró en vigencia en el sector público, fue afiliada al Régimen de Ahorro Individual, a la AFP **PORVENIR S.A.**, a partir del 01 de julio de 1995, entidad sobre la cual asevera, no le informó acerca de la existencia del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el Instituto de los Seguros Sociales, no le entregó información técnica, adecuada,

completa, clara, comprensible y suficiente para formar un convencimiento informado acerca de las características y diferencias entre los regímenes pensionales a los que podía optar para ser afiliada por primera vez; asegurando que el acto de afiliación a **PORVENIR S.A.** no fue libre, voluntario, espontáneo, ni mucho menos informado; afirmando igualmente, que el asesor asignado por el fondo pensional, nunca le puso de presente las particularidades o especificidades bajo las cuales se desarrollaba el sistema pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ni mucho menos le advirtió sobre las implicaciones que tendría sobre su situación pensional, afiliarse a este Régimen y no al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, teniendo la posibilidad de hacerlo; no le explicó las condiciones para alcanzar su pensión y las modalidades existentes; tampoco se le explicó en qué consistía la pensión de garantía mínima ni que tenía derecho a retractarse de su decisión; ni las condiciones que debía acreditar para redimir su bono pensional; todo lo que se traduce en que faltó la AFP en su obligación al deber de información y buen consejo.

Finalmente, asegura que el 18 de septiembre de 2020 solicitó a **PORVENIR S.A.** que accediera a su traslado de régimen pensional, reclamación a la que no accedió la entidad, petición que también elevó ante **COLPENSIONES** el 24 de marzo del año 2021 y que fue despachada desfavorablemente en oficio de la misma calenda (f. 2 a 4 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

Mediante auto del 01 de noviembre de 2022 el Juzgado de Primera Instancia ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Archivo 19 ED).

La demandada **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación del demandante acaeció por una decisión consciente, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza. Propuso como excepciones: “(...) *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 23 Archivo 08 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN Y/O VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD REALIZADO POR LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES. INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE COLPENSIONES e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 2 a 16 Archivo 11 ED).

Por último, el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** formuló las excepciones de: “(...) *PAGO DE LA DIFERENCIA DEL CALCULO ESTABLECIDO EN LA SENTENCIA SU-062 DE 2010, y REINTEGRO DE LOS VALORES PAGADOS POR CONCEPTO DE BONO PENSIONAL (...)*” (f. 2 a 15 Archivo 21 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 27 de junio de 2023, decidió:

“(...) **PRIMERO:** DECLARAR ineficaz el cambio del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó la señora LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA identificado con CC. 21.994.338, en consecuencia, declarar que la mandante siempre ha permanecido afiliada sin solución

de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO: *Se CONDENA a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y con cargo a sus propios recursos deberá trasladar indexados los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las sumas seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

TERCERO: *Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los anteriores emolumentos y valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados, el IBC que fueron efectivamente cancelados.*

CUARTO: *Se ORDENA a la AFP PORVENIR S.A. que en el eventual caso que haya recibido la redención del bono proceda a restituirle a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que la entidad proceda con su anulación. No se impone obligación adicional a la cartera ministerial.*

QUINTO: *Se DECLARA no prósperas ni probadas las excepciones propuestas por las entidades codemandadas y vinculadas atendiendo a los argumentos previamente expuestos y atendiendo a la naturaleza condenatoria de la decisión proferida.*

SEXTO: *Se CONDENA en costas a PORVENIR S.A., se fijan agencias en derecho por la suma de \$2.320.000, no se imponen costas a cargo de COLPENSIONES ni a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO “OBP”.*

SÉPTIMO: *De no ser apelada la presente decisión por Colpensiones se concede en favor de la misma el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.*

Para arribar a esta decisión, la Juzgadora de Instancia hizo alusión al Decreto 692 de 1994, el cual en su artículo tercero dispuso que, a partir del 1 de abril de 1994, los usuarios del Sistema General de Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, debían escoger uno de los dos regímenes pensionales allí establecidos, esto es el Régimen de Prima con Prestación Definida o el Régimen de Ahorro Individual, explicando en este caso los diversos supuestos que podían presentarse con los servidores públicos, diferenciando de aquellos vinculados al 01 de abril de 1994 a una caja o entidad de previsión social, todo esto en concordancia con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y artículo 692 de 1994.

En hilo con lo antelado, realizó el estudio del caso concreto, mencionando que la aquí demandante estuvo vinculada a la caja de previsión del municipio de San José de la Montaña entre el 10 de febrero de 1984 al 19 de junio de 1995, vinculándose a partir del 20 de junio de esta última anualidad al RAIS, a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, hecho por el cual debe considerarse que sí realizó un traslado de régimen pensional, analizando el problema jurídico desde esta premisa, apoyándose en la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 596 de 2022, haciendo referencia además al artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, Decreto 720 de 1994, Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, entre otras.

En concordancia con lo anterior, hizo alusión a la basta Jurisprudencia que sobre la materia ha proferido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialmente lo

decantado en la sentencia CSJ SL1989 de 2019, recalcando en el deber de información que recae en cabeza de los fondos privados al momento de asesorar y vincular a los usuarios, poniendo de presente las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes que integra el Sistema General de Pensiones, resaltando que en este tipo de procesos, la carga de la prueba se invierte en cabeza de la entidad de pensiones, sin que pueda probarse el deber de información con el formulario de afiliación.

En ese sentido consideró la Juzgadora que, en el caso del demandante, **PORVENIR S.A.** no demostró el cumplimiento de su obligación de información, dado que, no es clara cuál fue la asesoría que finalmente brindó al accionante.

Por último consideró que, no era viable la prescripción en esta clase de acciones, dada la naturaleza del derecho a la seguridad social y la imposibilidad de convalidación del acto ineficaz.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión, señalando que, en el presente asunto, no puede aplicarse la Jurisprudencia de la ineficacia del traslado, pues se trata de una primera afiliación al sistema general de pensiones, pues la demandante con anterioridad a su vinculación al RAIS no estuvo vinculada a una caja de previsión que hiciera parte del Régimen de Prima Media, trayendo a colación las Sentencias SL 6708 de 2016 y SL 494 de 2022 y a las normas contenidas en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, artículos 3, 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, artículo 151 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1068 de 1995, recalcando que la demandante nunca estuvo afiliada al RPMPD pues si bien era una trabajadora del orden territorial, la Caja del municipio al cual prestó sus servicios no era una administradora de dicho régimen pensional.

Acto seguido sostuvo que, si el tema se aborda desde la ineficacia del traslado, se encuentra probado que su vinculación a **PORVENIR S.A.** estuvo precedida del deber de información que contó con una asesoría expresa y clara, disponiendo siempre la accionante de la posibilidad de acceder a las características y condiciones del RAIS, reseñando que para la data de la afiliación, no existía la obligación legal de dejar por escrito cual fue la asesoría brindada a la usuaria, como quiera que las normas que obligan a estos menesteres fueron expedidas con posterioridad a la fecha de vinculación de la demandante a la AFP, aduciendo que la única inconformidad de la demandante radica en el monto de su mesada pensional, que de ninguna manera puede tenerse como una falta de información.

Luego apuntó a la inconformidad relativa a la orden dada de devolver los gastos de administración, establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que durante el período de la afiliación el fondo de pensiones cumplió con sus obligaciones legales, garantizando el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, generando incluso rendimientos sobre los aportes realizados en esa entidad, aseverando que debe tenerse en cuenta el concepto de restituciones mutuas contemplado en el artículo 1746 del C.C.

Finalmente sostuvo que, no hay lugar a la indexación ordenada, dado que los valores que se buscan resarcir con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fueron actualizados con la causación de rendimientos, generándose así una doble condena y un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**; y por último instó también por la absolución de las costas, como quiera que la entidad siempre cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales.

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 legal, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, señaló que, el tema debatido trata de negaciones indefinidas, que no comparte la entidad, debido a que las expuestas en la demanda no tienen tal carácter, pues de acuerdo como se encuentran formulados los hechos, corresponden a negaciones definidas, toda vez que “... *tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente...*”. Siendo ello así explica que, no se altera la carga de la prueba, ni se desplaza a la orilla del demandado, puesto que quien pretende valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad.

De acuerdo con lo precedente, sostiene que era menester que la parte demandante ejerciera el despliegue probatorio atinente a demostrar insuficiencia en la información por parte de la AFP, aspecto que en modo alguno logra satisfacerse únicamente con la declaración de parte, lo que deriva en la asunción del riesgo de no haber probado, que se traduce en desestimar las pretensiones.

En concordancia con lo anterior, debe colegirse que en el caso particular las manifestaciones de la parte actora no configuran negaciones indefinidas, lo que imposibilita pasar a hacer un análisis de lo dispuesto en el artículo 1604 del CC, puesto que, a juicio de la entidad, en esta disposición no se consagra una presunción de culpa, sino que se hace necesario la demostración de que el deudor ha incumplido, para que ya, con un propósito liberatorio, el demandado intente acreditar la diligencia y cuidado, el caso fortuito o la fuerza mayor. Es decir, primero el demandante debe probar que hubo un incumplimiento del deber legal por parte de la AFP, para que la carga de la prueba se desplace hacia la orilla del demandado, aspecto que como viene de manifestarse, no ocurrió, por lo que corresponde al juzgador acudir a las reglas que regulan la carga estática de la prueba.

Luego hizo alusión al estándar probatorio y disminución del peso demostrativo del formulario de afiliación, del cual se observa que el legislador no definió exactamente el estándar de prueba para el proceso laboral, lo que implica que es al juez, en cada caso concreto, con base en los medios de prueba regular y oportunamente allegados a la causa judicial, es a quien le pertenece, en el ejercicio de su autonomía, la valoración de la prueba y deducir si una proposición fáctica se encuentra probada, según los artículos 60 y 61 del CPT y SS y 164 y 176 CGP.

Finalmente, indicó que en caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, se tenga en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, y se adicione el proveído apelado para que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del RAIS durante el periodo de afiliación, se trasladen debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, recalcando que debe ordenarse a favor de Colpensiones, la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento alguno, durante la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, precisando los conceptos a reintegrarse y un término perentorio para para el reintegro de los recursos (Archivo 03 ED).

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).

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 afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora llamada a juicio. Sobre este mismo punto se deberá dilucidar, si por el hecho de no contar el actor con vinculación anterior al entonces ISS, no resulta dable exigir que su vinculación al RAIS se hubiere ofrecido debidamente informada, como lo expone la demandada en la alzada.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada. Finalmente, se analizará si procede la indexación de las condenas conforme lo ordenó la Juez de Primera Instancia, y si hay lugar a la exoneración de la condena en costas.

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 **LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA** prestó sus servicios al municipio de San José de la Montaña a partir del 10 de diciembre de 1984 hasta la actualidad (f. 6 a 14 Archivo 03 ED).
- (ii) Que la señora **LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA** se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **COLPATRIA S.A.** el 20 de junio de 1995, hoy **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra vinculada en la actualidad (f. 27 Archivo 08 ED).
- (iii) Que el 18 de septiembre del año 2020 la demandante solicitó a **PORVENIR S.A.**, accediera a su traslado de régimen pensional, reclamación sobre lo cual no obra respuesta en el expediente (f.30 Archivo 03 ED).
- (iv) Que el 24 de marzo de 2021 el accionante solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado a ese régimen, petición negada en comunicación de la misma fecha (f. 31 a 33 Archivo 04 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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 o afiliación al régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. En ese orden, el ofrecimiento de un régimen no implicaba simplemente el hecho 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. (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, 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 la Máxima Corporación 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 o afiliación al régimen pensional 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 o vinculación al 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 COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, (f. 27 Archivo 08 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP **PORVENIR S.A.**, mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS, mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida al demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación 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, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó interrogatorio de parte a la accionante (Min. 15:24 a 26:16 Archivo 26 ED), no logra extraerse confesión alguna que lo perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, entidad con la que se materializó la afiliación del accionante al RAIS, 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 permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella se afilió a la AFP, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, 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 que las promesas que la llevaron a aceptar su vinculación al RAIS fueron vanas, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de obtener mejores prerrogativas, independiente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario, la Sala considera que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de aquella al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de la demandada. No obstante, es importante anotar que lo procedente es declarar **la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS**, tal como lo había solicitado la actora desde la demanda, y no del traslado, como lo indicó la Juez en su sentencia, por lo que deberá modificarse la decisión apelada en este aspecto.

De igual forma es preciso señalar que, pese a que como se advierte, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la demandante nunca estuvo afiliada al entonces ISS o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD creado por la Ley 100, en realidad, pese a no haber estado afiliada a ninguna entidad de previsión antes de la citada ley (f. 6 a 14 Archivo 03 ED), no podía desconocerse que sí contaba con el régimen de prima media propio del sector público, para el cual se ofrecía una prestación determinada por la ley, con la sumatoria de tiempos laborados en las entidades del Estado; prestación de la que se hacía cargo la última entidad donde hubiere laborado el servidor público, con la contribución de los demás empleadores del Estado¹.

Y es que la omisión histórica que a este respecto se dio por parte de los entes territoriales, quienes al tenor de lo estipulado en el artículo 23 de la ley 6ª de 1945 tenían el deber de conformar en sus respectivas jurisdicciones entidades de previsión que se hiciesen cargo de las prestaciones de seguridad social a cargo de ellas, es una situación que no resulta imputable a tales servidores, y tampoco desmarca a estos de la pertenencia a un sistema de reparto simple que identifica al régimen de prima media, como para considerar que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 no contaran con aquel.

Y si en gracia de discusión lo anterior no resultare suficiente, por este hecho no es dable considerar que no tenía el servidor la opción de escoger el régimen que más le favoreciera entre las dos posibles opciones que se le presentaban (RPMPD y RAIS), por cuanto es evidente que tenía la oportunidad de afiliarse a uno u otro, según se le explicitara cual podría serle el más favorable; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informado cabalmente sobre las condiciones de los regímenes del sistema.

Una conclusión en sentido contrario comprometería el principio de igualdad, avalando un trato discriminatorio frente al grupo de población que no venía afiliado con anterioridad a un ente de seguridad social integrado al RPMPD, como si no fueran aquellos destinatarios del derecho de información para resolver acerca de la selección de régimen, instituido en las voces del artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de su vinculación al RAIS, es lo procedente, que la señora **LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea vincularse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto, pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso en evidencia ante el ente de seguridad social, al solicitarle la afiliación a esta entidad, que le fuera negada por estar a menos de diez (10) años de la edad mínima pensional (f. 31 a 33 Archivo 03 ED).

¹ Decreto 2921 de 1948. (agosto 21) Diario Oficial No 26.811, del 4 de septiembre de 1948

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por el afiliado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al que desea pertenecer el demandante, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019), que es el de interés para de la afiliada.

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 existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, fondo al que está afiliado en la actualidad la actora, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de aquella, pues no remitirlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al citado en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe recibir los aportes que debieron efectuarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico a esta entidad.

Sobre 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 debidamente indexados por las AFP **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS 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, SalaLaboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia de la afiliación tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en la vinculación 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, contrario a lo argüido por la apoderada judicial de la AFP **PORVENIR S.A.** (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

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 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 traslado de estos recursos una vez se produce la selección de régimen pensional, no puede pasarse 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.

Resaltándose que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, 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 por 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 deben 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).

Arguyó igualmente la apelante, AFP **PORVENIR S.A.**, que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración* es incompatible con la devolución de los *rendimientos*, lo que podría comportar 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, SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021), y 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* habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí 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*, 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En ilación con lo antelado, 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.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas, debiendo precisar como se dijo, que la ineficacia recae sobre la afiliación del demandante al RAIS y no respecto del traslado, como erradamente lo anunció la falladora.

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).

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 **PORVENIR S.A.** respecto de la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo deprecado, porque 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, además que se trató de un actor del régimen ahorro individual con solidaridad, respecto del cual se adujeron omisiones que condujeron a la inclusión del accionante en dicho régimen en desmedro de sus derechos a la seguridad social.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se modificará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la Sentencia del 27 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, que declaró la ineficacia del traslado de la señora **LUZ ELENA MARTÍNEZ PEÑA** al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA