

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JAVIER ALFREDO OROZCO QUICENO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-018-2022-00336-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 257

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°036 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a decidir el RECURSO DE APELACIÓN propuesto por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia N°150 del 15 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

El señor **JAVIER ALFREDO OROZCO QUICENO** 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, teniéndose como válidamente afiliado al RPMPD. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y los gastos de administración. **3)** Así mismo, solicitó condenar a **COLPENSIONES**, a aceptar el traslado al RPMPD, **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las entidades demandadas.

Como sustento de sus pedimentos manifestó el accionante que inicialmente realizó aportes al sistema general de pensiones en el RPMPD administrado por el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**, a partir del mes de febrero de 1984 a través del empleador Colegio la Inmaculada.

Seguidamente manifestó, que para el año de 1993 entró a laborar a la entidad AXA COLPATRIA COMERCIALIZADORA desempeñándose como subgerente operativo, afirmando que para el año de 1994 se acercaron a las instalaciones de la entidad los asesores de la compañía encargados de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, quienes les ofrecieron una asesoría a los empleados sobre el régimen de ahorro individual que estos mismos administraban, indicando que “*el fondo garantiza una pensión de por vida... el ISS va a desaparecer... se puede pensionar antes de la edad requerida por el ISS... realizar los aportes en el fondo de pensiones sin*

*asomo de duda la prestaciones será más benéfica debido a la rentabilidad que le ofrecemos.. debe afiliarse antes de que se acabe el ISS porque sus semanas desaparecerían con esta entidad...teniendo en cuenta que de igual forman laboran para COLPATRIA, en el caso de pensiones, se les brindaría un trato especial y con mayores favorabilidades en cuanto a las ganancias que generen sus aportes para la pensión...”, palabras que lograron convencerlo, motivo por el cual se afilió a esta entidad en el mes de junio de 1994.*

Acto seguido sostuvo que, para el mes de febrero del año 2022, solicitó una proyección de la mesada pensional que obtendría en dicho fondo, petición a la que se dio respuesta el 25 de ese mismo mes y año, misiva en la que le indicaban que, si no seguía cotizando para el momento de cumplir los 62 años de edad, la pensión sería de \$1.090.700 y si cotizaba el 100 del capital sería de \$1.401.400.

De otro lado sostuvo que, por parte del fondo pensional nunca le fue realizada una reasesoria antes del cumplimiento de los 52 años; que el 13 de mayo y 12 de julio 2022, instó ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, que accedieran al traslado de su régimen pensional, petición despachada desfavorablemente en oficios del 06 de junio de esa misma anualidad por parte de la primera de las nombradas, y del mismo 12 de julio, por la administradora del RPMPD (2 a 12 Archivo 02 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** formuló como excepciones las de: “(...) *VALIDEZ Y EFICACIA DE LA AFILIACIÓN E INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1746 DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS, GASTOS DE COMISIÓN Y PRIMAS DE SEGURO, PRESCRIPCIÓN y BUENA FE (...)*” (f. 3 a 15 Archivo 06 ED).

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN INDEXADA, 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 23 Archivo 07 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO DIECIOCHO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia N° 150 del 15 de agosto de 2023, decidió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de los señores (...) JAVIER ALFREDO OROZCO QUICENO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., (...), conforme a los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente providencia.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. en el caso de los señores (...) JAVIER ALFREDO OROZCO QUICENO (...) a efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubieren recibido con motivo de las afiliaciones de estos, tales como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguro de Fogafin, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes porcentajes destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que los demandantes realizaron aportes al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, según se explicó en la parte motiva.*

*Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.*

*En igual sentido, se ordena a las administradoras a trasladar a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que los demandantes estuvieron afiliados a cada administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

**TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, (...) activar la afiliación de los demandantes ya identificados, y recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones, según se dijo en la parte motiva.

**CUARTO:** DECLARAR INFUNDADA la excepción de prescripción, las demás quedan implícitamente resueltas como meras oposiciones

**QUINTO:** CONDENAR en COSTAS en esta instancia a PORVENIR S. A. en los procesos con radicado (...) 2022-00336 (...), a favor de la parte demandante, para cuya liquidación se incluirán como Agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, al momento de la liquidación.

**SEXTO:** Sea o no apelada esta providencia se ordena remitir el presente proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el tribunal superior sala laboral conforme lo estipula el artículo 69 del CPTYSS (...).

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, el punto de partida en estos asuntos es el derecho a la libre selección de régimen, como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que dicha decisión debe ser libre y voluntaria, pues de no ser así, habrá lugar a aplicar las sanciones previstas en el artículo 271 de la misma Ley, precepto que igualmente manda que, si la afiliación no cumple con tales requisitos, quedará sin efectos.

Seguidamente precisó que, sobre esta temática la Jurisprudencia ha determinado que en razón del deber de gestión de los intereses de los afiliados, las AFP tienen responsabilidad profesional, siendo necesario el cumplimiento de exigencias normativas como las contenidas en los Decretos 663 de 1993, 656 de 1994 y 720 de 1994, la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, así como la Circular externa N° 016 de 2016, mediante la cual se obliga a la administradora de pensiones a proporcionar a sus afiliados una información completa y comprensible, llegando incluso al punto de desincentivar al aspirante a vinculación, por la falta de conveniencia del traslado de régimen, generándose con el incumplimiento de dicha obligación la ineficacia del traslado de régimen (Sentencias Rad. 31989 de 2008, SL46292-2014, SL17595-2017, SL19447-2017 y SL4989 de 2018).

Así mismo señaló que, tiene la entidad de pensiones la carga de demostrar que proporcionó la información suficiente al afiliado, situación evaluada al momento del primer acto, sin posibilidad de saneamiento posterior. Así mismo, expuso que el deber de información no se acredita con el formulario de afiliación arrimado al proceso (SL1452-2019, SL1688-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, entre otras).

En ese sentido adujo que, en el asunto de marras se presentó una falta al deber de información al momento del cambio de régimen, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, pues en el proceso no quedó probado que la información brindada en esa oportunidad fuese completa y suficiente, careciendo entonces de idoneidad, en tanto se mantuvo en ignorancia al

afiliado sobre la conveniencia de determinado régimen pensional.

Por lo anterior anotó, se produce el retorno automático del actor al RPMPD, debiendo la AFP devolver los recursos recibidos con motivo de su afiliación, incluidos los gastos de administración indexados, así como las primas de reaseguro, seguros de invalidez y sobrevivientes, y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. sin que haya lugar a reconocerle prosperidad a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación, señalando que, obligar a esta entidad a recibir los aportes del demandante viola el principio de solidaridad del RPMPD, si se tiene en cuenta que el demandante permaneció durante más de 20 años efectuando las cotizaciones a otro fondo pensional.

De otro lado, considera que el traslado fue realizado de manera voluntaria y consciente, obligando a **COLPENSIONES** a asumir acciones y decisiones en las que no tuvo injerencia.

De otro lado, la apoderada de **PORVENIR S.A.**, indicó que con la prueba allegada al legajo quedó establecido plenamente que esta entidad sí cumplió con el deber de asesoría que la Ley exigía para la data en que se produjo el cambio de régimen pensional; de lo que anota, da cuenta el formulario de afiliación suscrito por el demandante, desprendiéndose de este el consentimiento libre, voluntario y sin presiones, sin que pueda exigirse otra prueba adicional, pues no había obligatoriedad en tal sentido, afirmando que no puede solicitarse cargas adicionales en cabeza de las AFP del RAIS que no eran exigibles para aquella época.

Al mismo tiempo, sostiene que el demandante a lo largo de todo este tiempo nunca hizo uso de las herramientas legales que tenía a su alcance para buscar su retorno al RPMPD, por lo que debe considerarse que su actuar fue omisivo, pasivo, no resultando de recibo los argumentos a través de los cuales quiere alegar culpa a su favor, desestimando las acciones desplegadas por la entidad a efectos de dar cumplimiento a sus obligaciones legales.

Luego, mostró su desacuerdo respecto de la devolución de los gastos de administración, como quiera que estos descuentos se hicieron bajo autorización legal y corresponden a las sumas percibidas por las AFP como contraprestación a la buena gestión de la administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante; lo que permitió engrosar dicho capital; afirmando que remitir estos emolumentos de manera indexada, constituyen un enriquecimiento sin justa causa para **COLPENSIONES**, en detrimento de su representada.

Respecto a las sumas de seguros previsiones, sostuvo que estos dineros son descuentos girados a las aseguradoras, que contribuyen a financiar las pensiones que deriven por cualquiera de los siniestros de invalidez o sobrevivencia, dineros que aduce también generarían un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**.

Finalmente, mostró su desacuerdo frente a la condena en costas, manifestando que el actuar de **PORVENIR S.A.** siempre estuvo ajustado a derecho y en consonancia con el principio de buena fe constitucional; anotando, además, que la decisión adoptada no obedece en aplicación a la norma vigente para la época del traslado, sino al precedente jurisprudencial decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

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** presentó alegatos de conclusión, haciendo alusión al artículo 167 del CGP, realizando un breve análisis de la carga de la prueba en este tipo de proceso.

Respecto al caso concreto, indicó que la afiliación y/o traslado de régimen del afiliado, y selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ocurrió el 20 de JUNIO de 1996, en vigencia del Decreto Ley 663 del 02 de abril de 1993 (antes de 2009, año en el que se expide la Ley 1328 Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.) “*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.*”, es decir solo se exigía a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías, atender el formulario con el lleno de los requisitos que para los efectos preveía la entonces Superintendencia Bancaria, a fin de demostrar la aceptación y consentimiento por parte de aquel, situación por la que solicita se revoque la decisión de Primera Instancia (Archivo 03 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 traslado al fondo del RAIS, según las pruebas recaudadas, 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 y demás emolumentos, debidamente indexados, y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada. De igual manera, se verificará si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a **PORVENIR S.A.**

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **JAVIER ALFREDO OROZCO QUICENO** estando afiliado en pensiones al ISS, entidad en la que realizó cotizaciones entre el año 1984 y 1994, trasladándose al RAIS administrado por la AFP **COLPATRIA S.A.** el 08 de junio de 1994 (f. 47 a 52 y 37 Archivos 7 y 2 ED).
- (ii) Que el demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** el 13 de julio de 2022 la nulidad de su traslado al RAIS, petición a la que no accedió esta entidad en comunicado del 06 de junio de esa misma anualidad (f.46 a 54 Archivo 02 ED).
- (iii) Que el 12 de julio de 2022 el señor **OROZCO QUICENO** diligenció formulario de afiliación a COLPENSIONES, solicitud negada a través de oficio de la misma calenda (f. 55-56 Archivo 02 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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 la Máxima Corporación en lo 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 acarrearba 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 del demandante a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** (f. 57 Archivo 06 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que

resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, 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 al demandante (Min. 56:16 a 1:10:58 Archivo 16 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 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 del afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación del 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 el accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por 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 del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento 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 la apoderada 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.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto con las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

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 pública 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.** a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo reclamado, 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, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará 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: CONFIRMAR** la Sentencia N° 150 del 15 de agosto de 2023, proferida por el **JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

**SEGUNDO:** Las **COSTAS** están 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