

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ ESTELA GARCÍA SÁNCHEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-023-2022-00179-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Primera Afiliación.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 251

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°033 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última entidad, respecto de la Sentencia No. 119 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ ESTELA GARCÍA SÁNCHEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, teniéndose válidamente afiliada a **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes efectuados en el RAIS, junto a los rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración. **3)** Seguidamente, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba todos los recursos remitidos por la AFP.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 8 de marzo de 1966, afiliándose en pensiones a la **AFP PORVENIR S.A.** desde 1998, acto para el cual adujo, no obtuvo información relevante, tal como la forma de liquidación de la pensión a la hora de cumplir los requisitos, situación que le hubiere permitido concluir que de acuerdo con su situación particular, le sería más beneficioso afiliarse al RPMPD, ya que en la asesoría recibida solo se limitaron a informarle acerca de la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos en el RAIS, comportamiento que entendió, fue producto de la dinámica generada a raíz de la libre competencia surgida con los fondos de pensiones.

Que no le explicaron de manera clara los riesgos y beneficios que corría al afiliarse al

RAIS, omitiendo mencionar que la pensión en este régimen se obtiene con base en el capital ahorrado, cuestión que, sumada a todo lo anterior, generó un engaño de cara a la decisión de vincularse a la AFP a partir de realidades financieras no ajustadas a la realidad, circunstancias que reflejan la afectación en lo que sería el monto pensional, puesto que, partiendo de cálculos particulares, encontró que en el RAIS su mesada sería de \$1.116.810, mientras que en el RPMPD llegaría a \$4.622.145.

Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado al RPMPD, petición negada por esta accionada (Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **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; SOBRE LA SOLICITUD JUDICIAL DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DE QUIENES OSTENTAN EL ESTATUS DE PENSIONADO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER PENSION DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS LEGALES; 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 30 Archivo 07 ED).

De otro lado, **PORVENIR S.A.** anotó que debían declararse improcedentes los pedimentos de la demanda, ello por cuanto la vinculación de la accionante se dio en razón de una decisión consciente y espontánea, libre de presiones y engaños. Formuló 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 34 Archivo 09 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia N° 119 del 17 de julio de 2023, el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

“(...) **PRIMERO:** DECLARAR ineficaz la afiliación de **LUZ ESTELA GARCIA SANCHEZ** identificada con cédula de ciudadanía número 28.740.911 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD – de **LUZ ESTELA GARCIA SANCHEZ** siempre ha estado vigente, siempre como su primera administradora se dio a **COLPENSIONES** teniendo en cuenta la ineficacia del acto que se ha declarado.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A** a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia traslade con destino a **COLPENSIONES** el valor de la cuenta de ahorro individual de **LUZ ESTELA GARCIA SANCHEZ** incluidos los rendimientos financieros, pero además de ello también cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Así mismo, advertir a **PORVENIR S.A** que, al momento de cumplir con esta orden, remita a **COLPENSIONES** la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante. Debe también trasladar indexadas esas cuotas de administración, primas previsionales y porcentajes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES- *a recibir esos aportes convertirlos a semanas efectivamente cotizadas y tener a la actora por vinculada durante todo el tiempo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD. (...)*”.

Gravó en costas a la AFP **PORVENIR S.A.**

Para fundamentar su decisión, el Juzgador precisó que, conforme la tesis jurisprudencial adoptada por la Sala Laboral del Tribunal, no se presenta diferencia desde el punto de vista de la suficiencia de la información en el análisis de una ineficacia del traslado, junto a una ineficacia de primera afiliación, ya que todas las obligaciones informativas a cargo de las AFP son insoslayables. En ese sentido, resaltó que al momento de su vinculación al RAIS, la demandante tenía la oportunidad de afiliarse al RPMPD, caso en el cual, debía recibir la información que la llegara incluso a desanimar si era otra la opción que más le convenía, por lo que debe primar la voluntad de la demandante.

Lo anterior adujo, en el marco de la importancia de lo regulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 respecto de la elección de régimen pensional, así como las consecuencias consagradas en el artículo 271 *ibídem*, devenidas de la falta de asesoría o de la intervención que afecte el buen consejo que debe existir, juzgándose entonces el primer acto de vinculación, por lo que no puede ser convalidado con actuaciones posteriores.

Dicha postura está sustentada en la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ iniciada en la Sentencia Rad. 31989 de 2008, reiterada en decisiones más recientes como las SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1688-2019, pronunciamientos en las que se ha destacado que el deber de información a cargo de los fondos es ineludible, dándose una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado (Art. 167 CGP).

En ese contexto concluyó que, **PORVENIR S.A.** no logró acreditar el hecho de haber ofrecido una asesoría cabal a la demandante, coligiéndose que el acto de afiliación no surtió efectos jurídicos, pues resultó ineficaz, motivo que lleva a entender que esta siempre estuvo afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad.

Por consiguiente, explicó que la AFP debía trasladar los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, junto con los demás rubros recibidos con ocasión de la afiliación del actor, como gastos de administración, primas de seguro previsional y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, valores que deberá devolver debidamente indexados. Igualmente deberá remitir el detalle de los aportes y demás información relevante de la accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

La mandataria de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión argumentando que no hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, toda vez que, conforme las particularidades del proceso, esa decisión no cuenta con sustento jurídico, en la medida que las circunstancias propias de la ineficacia, y lo desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, no pueden ser aplicadas a un caso donde no hubo una afiliación previa al Sistema General de Pensiones, precisamente porque lo buscado con esta clase de procesos es retrotraer todo al estado anterior.

Seguidamente expresó que, para la época de la afiliación de la demandante, no existía en el ordenamiento disposición que obligara a desincentivar a la persona, aunado a que tampoco estaban regladas la doble asesoría o el buen consejo, no estando la entidad obligada a lo imposible, ni siquiera a dejar soporte documental de la asesoría.

Que los fundamentos de la demanda no están soportados en el deber de información, sino en el hecho de que en **COLPENSIONES** tendría una mejor pensión, supuesto que no es

suficiente para declarar la ineficacia. No obstante, expresó que, de mantenerse la decisión inicial, se revoque lo concerniente a la devolución de los gastos de administración indexados, como quiera que estos tienen un fin específico dado desde la misma normatividad, como es la gestión de los recursos en beneficio del afiliado, lo que quiere decir que son recursos causados porque el servicio fue prestado por la AFP.

Así mismo expresó que, en el caso de las primas de seguro previsional, dijo que estos se destinaron a cubrir las contingencias de invalidez y muerte a través de una aseguradora. Por último, apuntó contra la indexación ordenada, tras considerar que esta se vería compensada con los rendimientos a devolver. También pidió la revocatoria de la condena en tanto su defendida actuó con base en la ley vigente, sin competencia para disponer el regreso de la actora al ISS.

La apoderada de **COLPENSIONES** manifestó que la demandante no está en el tiempo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para regresar al RPMPD, aunado a que, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la citada no contaba con semanas cotizadas al ISS, por lo que no era beneficiaria del régimen de transición, y tampoco es viable aplicar a su caso las Sentencias de la Corte Constitucional que permiten el traslado de régimen en cualquier tiempo (SU-062 de 2010). Que la accionante siempre ha estado afiliada al RAIS, y en tal situación no puede alegar el desconocimiento de la ley, razón que impide a su representada asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte como quiera que nunca ha estado afiliada al RPMPD.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de **COLPENSIONES** señaló que, en cuanto a la pretensión de declarar la nulidad o ineficacia del traslado y activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, debe tenerse presente lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social, concebido por un lado como un derecho constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros, indicando que, en aplicación al artículo mencionado, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, trayendo a colación lo expresado en la Sentencia T-489 de 2010.

Luego, sostuvo que en el caso concreto la señora Luz Estela García Sánchez, no cumple con los requisitos estipulados en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en virtud de ello la demandante ya no se encuentra dentro del tiempo necesario para que se efectúe el traslado de régimen, pues como lo señala la norma no será posible trasladarse cuando le faltaren diez (10) años o menos para pensionarse, adicional a que ya cuenta con más de 57 años de edad, lo que significa que la oportunidad para que se efectúe el traslado ya expiró pues la demandante se encuentra dentro del periodo de tiempo en el cual el traslado de régimen es imposible.

Adicional a ello reseña que al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones para los trabajadores del sector privado, la demandante NO TENIA semanas cotizadas al entonces Instituto de los Seguros Sociales, por lo que no logró ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ni es posible aplicar a su caso las sentencias de unificación de la Corte Constitucional que autorizan

el traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, entre ellas, la SU 062 de 2010.

En concordancia con lo anterior, recalcó que la demandante, nunca ha estado afiliado al ISS ahora COLPENSIONES, pues desde que inició su vida laboral decidió afiliarse directamente a **PORVENIR SA** de manera libre y voluntaria, por lo tanto no se puede alegar el desconocimiento de la Ley o afirmar que no era su intención AFILIARSE al RAIS ya que no tiene ninguna semana cotizada al fondo que representa, por lo que a COLPENSIONES no le es dable asumir los riesgos de PENSIÓN DE VEJEZ INVALIDEZ Y MUERTE de la señora Luz Estela García Sánchez cuando nunca ha estado vinculada al régimen de prima media. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en la Sentencia SL 494/2022.

finalmente adujo que, si es decisión es conceder las pretensiones de la demandante, debe tenerse en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la demandante y la AFP privada, solicitando no haya condena alguna para la entidad, manifestando que debe condenarse a la AFP PORVENIR SA, a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que integre la cuenta de ahorro individual.

Así mismo solicitó que adicional a la devolución de todos los aportes, la AFP PRIVADA, reporte también los archivos planos idóneos ante ASOFONDOS para el respectivo cargué de las historias laborales de quienes se trasladan bajo esta modalidad, toda vez que la entidad que representa requiere verificar dicha información y estos reportes son enviados tiempo después de la devolución de los aportes, imposibilitando así, el cumplimiento a cabalidad de lo ordenado judicialmente (Archivo 03 D).

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 las administradoras llamadas a juicio, ello pese a que su primera vinculación al Sistema General de Pensiones se dio en el RAIS, pues con anterioridad a esta no registra vinculación al RPMPD.

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.

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 ESTELA GARCÍA SÁNCHEZ** se afiliación en pensiones a **PORVENIR S.A.** desde 16 de julio de 1998, (f. 76 Archivo 09 ED).
- (ii) Posteriormente, la demandante decidió trasladarse de AFP con destino a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 78 Archivo 09 ED).
- (iii) Que el 25 de octubre de 2021 la actora radicó solicitud de traslado a **COLPENSIONES**, trámite negado por esta entidad en comunicado del 28 de octubre de esa anualidad (f. 5 a 10 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 selección 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 la selección 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 la afiliada (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

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

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** y el certificado SIAFP de Asofondos que muestra la vinculación de la actor a la AFP HORIZONTE (hoy **Porvenir**) (f. 76 a 79 Archivo 09 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 comunicación escrita de la AFP dirigida a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º 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. 08:35 a 23:26 Archivo 18 ED), no logra extraerse confesión alguna que la 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 la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la accionante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se afilió a la AFP, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de la selección de régimen pensional, lo 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 se tiene igualmente que, pese a lo expresado por la mandataria de **COLPENSIONES** 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, su vinculación al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de la demandada.

De igual forma es preciso señalar que, aunque como se advierte, la demandante no acredita vinculación al entonces **ISS** o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD con anterioridad a Ley 100, contrario a lo argüido por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, no por este hecho es dable considerar que no tenía la potestad 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; es decir, 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, conforme lo solicita la recurrente, 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 inicial al RAIS, es lo procedente, que la señora **LUZ ESTELA GARCÍA SÁNCHEZ** 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) de la edad mínima pensional (f. 5 a 10 Archivo 04 ED).

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 la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al que desea pertenecer la afiliada, 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).

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.** no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no remitirlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora 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.** 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.

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 la elección desinformada de régimen pensional (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 la AFP **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 de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente 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 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* habría que indicar que estos se generaron sobre el capital ahorrado por la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, 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 hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a 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 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 (CSJ SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. 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: CONFIRMAR la Sentencia No. 119 del 17 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA