



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.
LLAMADA EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-008-2023-00004-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 273

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° 039 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a decidir el RECURSO DE APELACIÓN propuesto por la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 31 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

El señor **HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, teniéndose que el mismo nunca existió y que sean retrotraídos sus efectos. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES** **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES**, a recibir el saldo de la cuenta de ahorros y a abonar a su historia laboral la totalidad de semanas que cotizó. **4)** Por último, solicitó se condenen a las demandadas en costas.

Como sustento de sus pedimentos manifestó el demandante que nació el 06 de diciembre de 1962, vinculándose inicialmente en 1982 al ISS, cotizando en dicha entidad un total de 647,8 semanas.

Señala que, en el año 1995, laborando para la empresa Colombiana de Comercio S.A. acudió una promotora de **PORVENIR S.A.**, quien bajo la promesa de que podría pensionarse a cualquier edad, y con poca información, le ofreció trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, invitación que aceptó, suscribiendo la solicitud de traslado con esta entidad.

Indica que posteriormente en octubre de 2000, decidió trasladarse a OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, donde realizó aportes hasta el 2007, trasladándose nuevamente a **PORVENIR S.A.**,

Luego sostiene que, en el mes de diciembre del 2014, unos días antes de vencerse el plazo para trasladarse de régimen, **PORVENIR S.A.** le realizó una simulación del valor de la mesada pensional, exponiéndole una proyección de su pensión en el RPMPD que ascendería \$7.792.700 y en el RAIS de \$6.882.400.

Finalmente sostiene que, presentó solicitud de traslado a **COLPENSIONES** en el mes de agosto de 2022, solicitud negada por dicha entidad. (f. 1 a 9 Archivo 03 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

**PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *BUENA FE, AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO, ACEPTACIÓN TÁCITA DE LAS CONDICIONES DEL RAIS Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADO DE LA OMISIÓN DE LA FIGURA DE RESTITUCIONES MUTUAS* (...)” (f. 3 a 19 Archivo 06 ED).

La demandada **SKANDIA S.A** indicó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, formulando como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE Y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 31 Archivo 07 ED).

A su vez, **COLPENSIONES** después de oponerse a las pretensiones, solicitó que se declaren probados los exceptivos de: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN Y COMPENSACION* (...)” (f. 2 a 20 Archivo 09 ED).

Mediante auto del 22 de febrero de 2023 el Juzgado de primera Instancia, accedió al llamamiento en garantía presentado por **SKANDIA S.A.**, ordenando la vinculación de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Archivo 14 ED).

**MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** presentó las siguientes excepciones: “(...) *INEXISTENCIA DE CAUSAL DE INEFICACIA O NULIDAD, RATIFICACION O SANEAMIENTO DE LA NULIDAD, EXCEPCION FUNDADA EN EL PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS-NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR SU PROPIA CULPA, IMPROCEDENCIA DE REINTEGRO DE LOS RENDIMIENTOS DEVENGADOS Y GASTOS DE ADMINISTRACION, PRESCRIPCIÓN* (...)”.

“(...) *INEXISTENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA LLAMANTE EN GARANTIA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES UN CONTRATO AUTONOMO Y OBLIGATORIO, EL JUEZ EN SUS DECISIONES DEBE RESPETAR EL IMPERIO DE LA LEY, PACTA SUNT SERVANDA, EL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL ES OPONIBLE AL ASEGURADO QUIEN CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA DEMANDARLO, EL CONTRATO DE AFILIACION DEL DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, EL CONTRATO DE AFILIACION DEL DEMANDANTE Y LOS FONDOS ES INOPONIBLE A MI REPRESENTADA, LA PRETENDIDA DEVOLUCION DE TODO NO PUEDE COMPRENDER EL IMPORTE DE LAS PRIMAS DEVENGADAS, MI REPRESENTADA NO ESTÁ EN LA OBLIGACIÓN DE SOPORTAR UNA CARGA QUE CONSTITUYA UN GRAVAMEN EXCEPCIONAL, CONVALIDACION DEL ACTO, VALIDEZ, CUMPLIMIENTO Y AGOTAMIENTO DEL CONTRATO DE SEGURO, PRIMA DEVENGADA, RESPONSABILIDAD DE SKANDIA, INOPONIBILIDAD DE LA INEFICACIA DEMANDADA, PAGOS, COMPENSACIONES Y RESTITUCIONES MUTUAS, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y BUENA FE* (...)” (f.2 a 23 Archivo 15 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 31 de agosto de 2023, decidió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de afiliación que el demandante **HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 79.155.511, hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la **AFP PORVENIR S.A.** por las razones expuestas en precedencia.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del ahora demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.*

*TERCERO: SE ORDENA a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para que permita la afiliación del señor **HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ** identificado con la cédula de ciudadanía número 79.155.511, al Régimen de Prima Media con Prestación definida, conservando los beneficios que ofrece este régimen pensional.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas..*

*QUINTO: CONDENAR en costas a las **AFP's SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.**, las cuales se tasarán, por secretaria.*

*SEXTO: FIJAR AGENCIAS EN DERECHO en la suma de \$2.320.000, valor que correrá a cargo de las **AFP's SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.**, a prorrata.*

*SÉPTIMO: EXONERAR a la sociedad **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, de las pretensiones de la **AFP SKANDIA S.A** por lo antes indicado. (…)*”.

Sostiene que es responsabilidad de los fondos de pensiones conservar los archivos correspondientes a cada afiliado conforme lo indica el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 y el Decreto 720 de 1994, este último establece la obligación de las administradoras del RAIS de suministrar una información amplia, suficiente y oportuna.

Así mismo, hizo alusión a la circular del 1 de enero de 2004, en la cual establece la Superintendencia Financiera que con el fin de dar cumplimiento al numeral primero del artículo 97 del Estatuto Orgánico Financiero, las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que le permitan escoger la mejor opción del mercado.

De igual forma, trajo a colación lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 19447 de 2017, en la que *grosso modo* sostuvo el Alto Tribunal que corresponde a las AFP brindar una asesoría a sus usuarios con un alto grado de exigencia, pues de lo contrario se hacen acreedoras a las sanciones impuestas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Para arribar a esta decisión, consideró la Juez de primer grado que, a partir de lo estipulado en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación al régimen pensional debe

obedecer a una decisión libre y voluntaria, y quien desconozca ese derecho se hará acreedor de las sanciones impuestas en esa normativa.

Bajo esa idea coligió que, ninguna de las entidades demandadas allegó prueba alguna al plenario que permita evidenciar que cumplieron con el deber impuesto, de brindar al afiliado una asesoría clara, completa, comprensible y veraz, acerca de las desventajas y consecuencias del traslado al momento de suscribir el formulario de afiliación, situación que se ratifica con el interrogatorio de parte rendido por el demandante; situación que no se sana con el paso del tiempo, ni con el traslado entre administradoras del mismo régimen, tal como lo expone el órgano de cierre en materia laboral en sentencias SL3349-2021 y SL5686-2021 y SL1055-2022.

De otro lado, señaló que no hay lugar a proferir condena en contra de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, que el deber de asesoría recae sobre las AFP demandadas, y lo que se pretende contra esta entidad no es del resorte del Juez Laboral para discutir lo concerniente a un contrato de seguros.

Consecuencia de lo anterior, declaró procedente la ineficacia del traslado, y en consonancia con tal decisión, la devolución de todos los aportes efectuados por el actor y demás emolumentos que conforman la cuenta de ahorro individual.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, presentó su inconformidad frente a la decisión de no condenar en costas en favor de su representada, haciendo alusión a lo estipulado en el artículo 365 CGP, manifestando que **SKANDIA S.A.** resultó vencida, en tanto no le prosperó el llamamiento en garantía realizado por esta AFP.

El presente asunto se estudiará también 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 otorgado, la apoderada de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** insistió en la procedencia de la condena en costas en contra de **SKANDIA S.A.**, dada la improcedencia de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por esta última (Archivo 03 ED Tribunal).

Por su parte, la mandataria de **PORVENIR S.A.** precisó que en particular se configuró la excepción de buena fe, toda vez que, como adujo desde la contestación a la demanda, todas las actuaciones de su representada se realizaron conforme la voluntad de la parte demandante, entre estas, su intención de pertenecer al RAIS, reiterando que los actos de su representada han estado en dirección a favorecer el deseo de la afiliada, escenario por el que aseguró que no había lugar a condenarla en costas (Archivo 04 Tribunal).

A su turno, la apoderada de **SKANDIA S.A.** reiteró que su representada siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó el actor, de manera libre, voluntaria y consciente tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuyo formato preimpreso se encuentra ajustado a los requisitos establecidos en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de la afiliación de la accionante al RAIS, en tanto la información correspondiente fue entregada de manera verbal y personalizada, con lo que aseguró, haber cumplido con todas las obligaciones legales al momento de la vinculación del actor, lo que quiere decir que este se afilió de manera libre y voluntaria, tanto que incluso tuvo la oportunidad de efectuar traslados horizontales.

De otro lado, insistió en la imposibilidad de reintegrar los gastos de administración y demás emolumentos descontados con sustento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda desconocerse la gestión y los seguros tomados por la AFP durante la afiliación del actor

al RAIS, postura que se ajusta a lo expuesto por la Superintendencia Financiera sobre esta temática (Archivo 05 ED Tribunal).

Por último, la procuradora de **COLPENSIONES** expresó que, de confirmarse la decisión de primera instancia, se disponga su adición en orden a que **PORVENIR S.A.** devuelva los gastos de administración, el porcentaje de fondo de garantía de pensión y primas de seguro previsional, debidamente indexados, como lo ha dispuesto la Jurisprudencia Laboral, por ejemplo, en Sentencia SL1689-2019 (Archivo 06 Tribunal).

### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS, 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, y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada. Finalmente, se analizará si procede la condena en costas a **SKANDIA S.A.** en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

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

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ** estuvo afiliado en pensiones al ISS, realizando cotizaciones entre 1982 y el año 1995.
- (ii) Que el 9 de febrero de 1995 se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.** (Archivo 10 y f.92 Archivo 06 ED).
- (iii) Que el 31 de agosto del 2000 se cambió de AFP dentro del mismo RAIS, afiliándose a **SKANDIA S.A.**, para retornar a **PORVENIR SA** el 23 de febrero de 2007, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 32 y 93 Archivos 07 y 06 ED).
- (iv) Que previa solicitud elevada por el demandante ante **COLPENSIONES**, el 04 agosto de 2022, la entidad le negó su traslado a esta AFP (f. 69 Archivo 03 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le

convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

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

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

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

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

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

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiese 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 que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se

estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la ineficacia y no desde la nulidad, centrándose el análisis de la libertad afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la Corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP, que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual se instituye al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyendo la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

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

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

2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación del demandante a las AFP **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** (f. 92-93 y 32 Archivos 06 y 07 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 el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte al demandante (Min. 14:16 a 31:16 Archivo 29 ED), de este no logra extraerse confesión 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 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 la demandada, 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.**, entidad con la que se materializó el traslado inicialmente, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza



pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

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.**, entidad a la que se encuentra afiliado actualmente el demandante, 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.** y **SKANDIA 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.** y **SKANDIA S.A.** pues, 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).

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 del demandante.

No obstante, en virtud de que el presente proceso se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe la Sala precisar y adicionar la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante.

En tal sentido, se adicionará el numeral segundo, ordenando a **PORVENIR| S.A.** que proceda igualmente a realizar la devolución de lo descontado por primas de seguro previsional debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo se ordenará a **SKANDIA S.A.** que, reintegre los rubros concernientes a gastos de administración, lo destinado para primas de seguro previsional y para el fondo de garantía de pensión mínima, de manera indexada.

De igual manera, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se ordenará que, al momento de cumplirse dichos mandatos por parte de las AFP, 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, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022).

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 ineficacia 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 a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto al reproche de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** respecto de la condena en costas en contra de **SKANDIA S.A.**, considera la Sala que le asiste razón en lo deprecado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza procesal, y su imposición está atada a las results 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 adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia, por haber prosperado el recurso de apelación propuesto.

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: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia del 31 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A** que el traslade a **COLPENSIONES** lo recaudado por primas de seguro previsional, sumas de dineros que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía pensión mínima deberá ser devuelto debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** a **SKANDIA S.A** a que traslade los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recibidos durante el periodo de la afiliación de la señora **HERNANDO LUGO RODRÍGUEZ**, los cuales debe ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución por cada una de las AFP involucradas, se especifiquen, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **QUINTO** de la Sentencia apelada y consultada, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a **SKANDIA S.A.** en favor de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, las que serán tasadas por el juzgado de


origen.


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

**CUARTO: Sin COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**