



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ROSA DEL PILAR ARISTIZABAL FRANCO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-011-2019-00649-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 258

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°036 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, respecto de la sentencia N°127 del 4 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **ROSA DEL PILAR ARISTIZABAL FRANCO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se declare que siempre ha estado válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. **3)** Que se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar los aportes pensionales que realizó, los rendimientos y sin ningún descuento de administración. **4).** Finalmente, deprecia se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, manifestó la parte demandante, que nació el 21 de agosto de 1968; que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media administrado por el extinto ISS, en el cual realizó cotizaciones a partir de 1997; continuó reseñando que el 1 de noviembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.**, entidad que asegura no fue clara, ni precisa, de cara a la información del estado final de su pensión al momento de trasladarse de fondo, vulnerando con ello el deber de información y los principios de buena fe y la transparencia, al no efectuar una asesoría que le permitiera tener un contexto claro sobre las condiciones, de su pensión, señalando que de haberse realizado una correcta asesoría, esto le hubiera permitido saber a la señora

ARISTIZABAL FRANCO, que le resultaba más conveniente permanecer en el RPMPD, agregando que tampoco se le ilustró sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

Luego, indica que el día 22 de agosto de 2019, recibió respuesta a la reclamación realizada a **PORVENIR S.A.** misiva está en la cual le hacen saber que la vinculación de la accionante se realizó de manera libre y voluntaria, en los términos establecidos en el literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797, mediante el formulario diligenciado; afirma también que el 9 de agosto de 2019, elevó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES**, solicitando el traslado de régimen, sin obtener respuesta alguna (f.3 a 13 Archivo 01 ED).

CONTESTACIONES

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de mérito: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, PREVALENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA, PRESCRIPCIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS.* (...)” (f. 122 a 132 Archivo 01 ED).

Por su parte el Juzgado de conocimiento a través de auto No.277 del 31 de agosto de 2023, tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.** (Archivo 14 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia N°127 del 04 de septiembre de 2023, decidió:

“(...) 1. **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la demandada **COLPENSIONES**.

2. **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora **ROSA DEL PILAR ARISTIZABAL FRANCO** con cedula de ciudadanía número 30308664, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, que suscribió en esa entidad el 20 de septiembre de 1999, por lo explicado en la parte motiva, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPMPD.

3. **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las sumas del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que pudiera haber lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todas debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado, los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen.

4. **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir las sumas de dinero señaladas en el numeral anterior, que le sean trasladadas por **PORVENIR S.A.** y a activar la afiliación de la señora **ROSA DEL PILAR ARISTIZABAL FRANCO**, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y sin solución de continuidad.

5. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, en **COSTAS**, fijándose como agencias en

derecho la suma de \$2.320.000, liquídense por secretaria en su debido momento procesal. (...)”.

Para arribar a esta conclusión, y luego de rememorar los hechos sobre los cuales no había discusión, citó algunos pronunciamientos que sobre la materia ha emitido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la SL1055 de 2022, en la que se afirma por este Alto Tribunal, que de manera reiterada y pacífica viene expresando que desde la implementación del Sistema General de Pensiones, se ha establecido en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna, sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, a fin de que aquellos puedan tomar decisiones informadas; requisito que viene cobrando mayor exigencia con el paso de los años, durante los cuales se ha identificado tres (3) periodos, el primero de 1993 a 2009, el segundo de 2009 a 2014 y el tercero de 2014 en adelante.

En concordancia con lo anterior señaló que, para la fecha de traslado de la demandante (1999), era menester que la entidad del RAIS entregara una información suficiente y transparente al usuario, que le permitiera a este elegir libre y voluntariamente la opción que mejor se ajustara a sus intereses; ello conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 27 del Decreto 663 de 1993, lo que implicaba la ilustración de la características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, para así poderse considerar que la persona tomó una decisión libre y voluntaria, pues de lo contrario daría paso a la aplicación de las sanciones descritas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dejando sin efecto la afiliación, tal como lo contempla el Alto Tribunal de cierre en materia laboral en la Sentencia SL4360 de 2019.

De otro lado, explicó que es la misma Sala Laboral de la Corte, la que ha dejado claro que este deber de información no se prueba solo con la simple suscripción del formulario de afiliación, pues este documento se torna insuficiente para tener por probado el deber de información que le asiste a la entidad privada. Adicional a esto, señaló que dicho criterio no solo aplica para quienes demuestren ser beneficiarios del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o este próximo a consolidar su derecho pensional, ya que la ineficacia del acto jurídico se predica para todos aquellos afiliados respecto de los cuales no se cumplió con el deber de asesoría y buen consejo, ineficacia que se mantiene aun cuando se hubiere efectuado traslados horizontales dentro del mismo régimen pensional.

Luego, consideró que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción, en atención a que esta figura guarda relación con el derecho pensional que eventualmente pueda reconocerse al afiliado, indicando que dentro del proceso y con el material probatorio recaudado no se logra probar que a la demandante le hubiesen brindado una debida asesoría en los términos prescritos por la Jurisprudencia Laboral, ordenando la devolución de los emolumentos enunciados en la parte resolutive de manera indexada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que sea modificada la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que los decretos 663 de 1993, 692 y 720 de 1994 son normas dirigidas exclusivamente a los fondos privados y no a **COLPENSIONES**; razón por la cual considera, que el esquema de responsabilidades debe ser cambiado, ya que la demandante solicita el traslado, lo que conlleva a que en un futuro la obligación de su derecho pensional quedaría a cargo de COLPENSIONES, y bajo los parámetros del *régimen de prima media*, decisión que atenta contra el principio de sostenibilidad financiera al que hace alusión el Acto Legislativo 01 del 2005, así como contra el principio de legalidad y de confianza legítima en el sistema, por cuanto su representada no tiene porqué soportar esas cargas, que fueron creadas por la

desatención de las obligaciones exclusivas de los fondos privados, y que una eventual obligación de pago debería estar a cargo del fondo privado y bajo los parámetros que caracterizan el régimen de prima media, debiendo entonces recalcular los valores que cubran totalmente la obligación que eventualmente se le deba reconocer a la demandante, pues de lo contrario se descapitalizaría el régimen público, por omisiones ajenas a esta Administradora.

A su turno, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación parcial contra el *numeral tercero* de la Sentencia recurrida, solicitando que se revoquen las condenas impuestas a su representada, apuntando su inconformidad a la indexación ordenada, indicando que esta no es procedente, en consonancia con la Sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010 y en sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, tras considerar que con los rendimientos generados sobre los valores de la cuenta de ahorro individual, se suple la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, recabando que el fenómeno de la inflación nunca afectó los dineros aportados por la demandante.

En esa medida, señaló que ordenar la indexación de los valores cuya devolución se conmina realizar a la entidad y al mismo tiempo retornar los rendimientos, comportan unas condenas excluyentes, según los parámetros establecidos en el artículo 1746 del código civil.

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

En su oportunidad, **PORVENIR S.A.** alegó pidiendo la revocatoria de la sentencia, en la medida en que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, y ninguna de las circunstancias del artículo 1741 código civil, lo que conduce a tener como eficaz el traslado realizado, aunado a que tampoco aparece tan clara la ejecución de actos atentatorios contra el derecho a la libre selección del afiliado, conforme lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que en su consideración, ni siquiera se acerca a lo reglamentado en el ámbito civil, como tampoco al artículo 897 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo expuso que, el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 54 CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia del afiliado en el régimen privado, resaltando que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos a trasladar solo son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas; para lo que cita como fundamento legal de su postura el artículo 1.746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, mencionando de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional (Archivo 03 ED Tribunal).

Por su parte **COLPENSIONES**, presentó alegatos expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los

cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna.

Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 y 176 CGP.

Señaló como improcedente la pretensión de traslado, por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad pensional, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en riesgo con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo establecido en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento alguno (Archivo 04 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora demandada.

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.

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 la señora **ROSA DEL PILAR ARISTIZABAL FRANCO** estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1991 y 1999, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 20 de septiembre del 1999 (Expediente Administrativo y f. 201 Archivos 01 ED).
- (ii) Que el 22 de agosto de 2019 elevó derecho de petición a **PORVENIR S.A.** para que entre otras cosas, le autorizara su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, entidad que dio respuesta negativa a sus pedimentos (f.23 a 26 y 202 a 208 Archivo 01 ED)
- (iii) Que la demandante solicitó la afiliación al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, quien no accedió a esta solicitud en misiva del 13 de agosto de 2019 (Expediente Administrativo).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiere traer en el futuro pensional. (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido el Alto Tribunal de cierre en materia laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

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

48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

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

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

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 201 Archivo 01 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.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 13:16 a 23:16 Archivo 15 ED), de este no logra extraerse confesión que lo pruebe.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto del afiliado.

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

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

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

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PORVENIR S.A.**, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento esbozado por el apoderado de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.** pues pese a lo señalado en la alzada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

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

Se precisa en relación con los *rendimientos*, que estos se generan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal; y de otra parte se ubican los rubros correspondientes a *gastos de administración*, *primas de seguro previsional* y *recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos que también comprenden las cotizaciones efectuadas al RAIS, y sobre los que ningún rédito adicional se genera, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

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

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la

ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse allí, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las **restituciones mutuas**, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En relación 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).

Por último, con relación a los pedimentos aducidos por COLPENSIONES en su recurso de apelación, relativos a que se ordene a los fondos privados el reconocimiento de las prestaciones al amparo del régimen de prima media, o que se garantice el traslado a COLPENSIONES de los recursos que financien la pensión que quedaría a su cargo, encuentra la Sala que esto desborda lo estatuido en el precedente reiterado y pacífico establecido por la Corte Suprema de Justicia para este tipo de asuntos, como se dejó esbozado en los acápites que anteceden, en virtud de lo cual esta Sala mantendrá incólume la decisión, con apego a la posición fijada en el precedente vertical trazado por nuestro órgano de cierre.

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° 127 del 04 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO ONCE 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