

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ÓSCAR ÓMAR MONTOYA ECHEVERRI
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-009-2022-00163-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 270

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° 038 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 del 22 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **ESTEFANIA GUERRA AGUDELO**, identificada con T.P. No. 392.588 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 04 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **ÓSCAR ÓMAR MONTOYA ECHEVERRI** 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 que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y el bono pensional, si a ello hubiere lugar. **3)** Así mismo, instó que se ordene a **COLPENSIONES**, recibir los aportes, los rendimientos financieros y el bono pensional. **4)** Se condene a **PORVENIR S.A.** al reconocimiento de perjuicios. **5)** Por último, deprecia se declare que siempre estuvo válidamente afiliado, sin solución de continuidad, al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, y que este reciba los aportes provenientes de la AFP. **5)** Finalmente, solicitó se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pedimentos señaló que, nació el 24 de mayo de 1958, vinculándose inicialmente al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**,

entidad a la cual realizó cotizaciones a partir del mes de agosto de 1978 hasta el mes de abril del año 2005, trasladándose de manera efectiva el 1 de mayo de 2005 al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.**

Con respecto a su traslado, aduce que en ningún momento le fueron explicadas las diferencias entre los regímenes establecidos en el Sistema General de Pensiones, tampoco las características de cada uno de estos y las ventajas y desventajas de cada uno; manifestando que en dicho momento no pudo saber cuál era más beneficioso para sus intereses; recalcando en este mismo sentido, que la entidad privada omitió pronunciarse sobre la posibilidad del retracto, entre otras particularidades de los regímenes; asegurando que el asesor comercial de **PORVENIR S.A.**, le manifestó que dicho fondo le ofrecía condiciones más beneficiosas al momento causar su pensión.

Luego, indica que formuló un derecho de petición ante **PORVENIR S.A.**, solicitando una copia del extracto de cuenta de ahorro individual y una simulación de su pensión de vejez en ambos regímenes; la entidad dio respuesta su petición, indicándole que al momento de cumplir la edad y las semanas, el monto de su pensión estaría ubicado por debajo del salario mínimo mensual legal vigente; y que de otra parte, una vez realizada la proyección en el RPMPD, la prestación en este resulta ser mucho más favorable, pues arroja una mesada inicial de \$2.027.110.

Finalmente, sostiene que presentó la debida reclamación administrativa ante COLPENSIONES, cumpliendo así con el requisito establecido en el artículo 6 del CPLSS (f. 6 a 18 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

PORVENIR S.A. presentó oposición a la demanda, y propuso como medios exceptivos los siguientes: “(...) *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 28 Archivo 04 ED).

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 10 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 22 de septiembre de 2023, dispuso:

“(…) **PRIMERO:** DECLARAR ineficaz el cambio o el traslado del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó el señor OSCAR OMAR MONTOYA ECHEVERRI identificada con CC. 70'116.198, en consecuencia, declarar que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO: Se CONDENA a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante OSCAR OMAR MONTOYA ECHEVERRI junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos

valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: *Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el señor OSCAR OMAR MONTOYA ECHEVERRI en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.*

CUARTO: *ABSOLVER a COLPENSIONES y LA AFP PORVENIR S.A. de los demás cargos formulados en su contra.*

QUINTO: *Se DECLARA no prospera la excepción de prescripción, así como las demás excepciones de mérito que fueron propuestas por las partes codemandadas, de conformidad con los argumentos previamente expuestos atendiendo a la naturaleza condenatoria de la decisión proferida.*

SEXTO: *Se CONDENA en costas a la AFP PORVENIR S.A., se fijan agencias en derecho por la suma de \$2.320.000 a favor de la demandante que deberán ser pagados de manera proporcional por cada una de las codemandadas, no se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.*

SEPTIMO: *Se concede a favor de COLPENSIONES el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no se haga uso del recurso de apelación. (...)*”.

Para arribar a esta decisión, la Juez de primer grado sostuvo que, a fin de resolver la temática estudiada, la cual debía analizarse desde la óptica de la ineficacia, la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral tiene una línea consolidada en sentencias como la SL1689-2019, SL3156-2022, SL2229-2022 y SL3435-2022, a efectos de indicar que en asuntos donde se estudia la validez del traslado de un régimen pensional a otro, resulta inexorable que el fondo de pensiones analice las circunstancias particulares de cada caso, a fin de determinar si a la persona le conviene o no tal vinculación, con la explicación detallada de las condiciones para acceder a los beneficios económicos del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, obligaciones creadas desde el nacimiento mismo de los fondos de pensiones.

Que en circunstancias donde se alega el incumplimiento del deber de información, se invierte la carga de la prueba, quedando está en cabeza del fondo, para quien no basta con aportar el formulario de afiliación, al no ser plena prueba del consentimiento informado (SL1055-2022); de ahí que, al no cumplirse con dicha carga de la entidad, genera entonces la ineficacia del traslado, que no se sana con situaciones posteriores, tales como traslados horizontales, y tampoco con la reasesoría, toda vez que el acto jurídico se evalúa al momento de materializar el traslado (SL1688-2019).

De ahí que anotó, la asesoría por parte del fondo de pensiones (Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Circular 016 de 2016 de la Superfinanciera), es una obligación insoslayable en virtud de la trascendencia que representa para el afiliado una decisión de esta naturaleza.

En ese sentido expuso que, en el caso del demandante, no se aportó por la AFP ningún elemento de prueba que dé cuenta del cumplimiento del deber de información respecto de las características del RPMPD y el RAIS, sino que toda la asesoría otorgada versó sobre las bondades del régimen privado de pensiones, debiendo declararse la ineficacia del traslado efectuado por el actor, retrotrayendo su situación al estado anterior, como si nunca se hubiere decidido trasladarse al RAIS. En consecuencia, debe **PORVENIR S.A.** devolver todos los recursos recibidos con ocasión de la afiliación del demandante. Por último, precisó que esta acción no es susceptible de prescribir.

De otro lado, expuso que no había lugar a acceder a los perjuicios reclamados en la demanda, pues además de concluir en la procedencia de la ineficacia solicitada, no se arrió

prueba que dé cuenta del daño generado, más si se tiene en cuenta que ni siquiera cumple los requisitos pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la Sentencia manifestando que no comparte la decisión del *A quo* en lo referente a la declaratoria de la ineficacia, pues considera que esta no debió prosperar, pues tal y como lo indicó la demandante dentro del interrogatorio de parte, su traslado fue una decisión voluntaria y por esto no habría razón para que se apliquen las sanciones contenidas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, pues incluso en este asunto, el actor se cambió de régimen por instrucción propia del empleador, no desplegando actuación para lograr la afiliación del demandante, contrariando lo señalado en la demanda.

Que no es cierto que su representada se encuentre en una mejor posición probatoria que le permita acreditar la información más allá de lo consagrado en el formulario de afiliación, documento que debe ser tenido como prueba de que la entidad cumplió con la obligación legal a su cargo. En este punto, dijo, es menester tener en consideración lo argüido por otros tribunales del país, en asuntos donde se pretende la ineficacia del traslado en el que no tuvo injerencia la AFP, situación en la que no puede sorprenderse a las demandadas, como quiera que ello implicaría fallar bajo supuestos que no corresponden a la realidad, más aún cuando no se llamó a juicio al empleador del demandante, quien desplegó actuaciones para el traslado del actor, actuación no estudiada en debida forma dentro del fallo emitido.

De otro lado, expuso que el demandante pretende retornar al régimen de prima media en busca de una mayor prestación económica, aspecto que no puede ser entendido como un engaño o falta al deber de información, aunado a que no era una obligación de los fondos para la fecha del traslado, en tanto esta surgió con el deber del buen consejo en el año 2010. Así mismo, expuso que la naturaleza del acto de traslado concierne a la búsqueda de la forma como el afiliado espera que sean administrados sus recursos, pues una idea contraria desconocería las normas que crearon los regímenes pensionales como tales.

En esa senda, señaló que el demandante incurrió en una falta de diligencia y cuidado de sus propios negocios, ya que durante el tiempo de su vinculación nunca actualizó sus datos, y mucho menos presentó reparos por la administración de sus recursos, por lo que tampoco hay razones para que el citado se beneficie de su propia culpa, y pretenda volver al RPMPD por una expectativa económica.

Indica también que, se opone a la devolución de los gastos de administración, en atención a que estos rubros fueron descontados por la disposición legal contenida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; sumado a que los dineros por gastos de administración generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora, recalando que las sumas descontadas por seguros previsionales fueron pagadas a una aseguradora, en orden a cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia; se opone también a la indexación de estos rubros, dado que con la devolución de los rendimientos que se ordena en el proveído, se generaría una doble condena a su representada, y un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**.

Finalmente, adujo que tampoco procede la devolución indexada de tales conceptos, pues pese a que debía aplicarse la teoría de las restituciones mutuas, al no tenerse en cuenta la misma, y ordenar la devolución de los rendimientos, estos compensarían lo que se busca con la indexación, comportando entonces una doble condena. Así mismo, reprochó que se ordenara la devolución del bono pensional, pese a que no hizo parte del proceso la entidad emisora de este.

Por último, atacó lo relacionado con la condena en costas, alegando que su defendida siempre obró de buena fe, aplicando la normatividad de la época en que se produjo el traslado de régimen pensional.

Seguidamente, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, sostuvo que la Constitución Política en su artículo 48 adicionado por el artículo 1° del acto legislativo 01 del 2005, establece el principio de sostenibilidad financiera del sistema, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social, pues por un lado le dio una connotación de derecho fundamental y por el otro, la de servicio público obligatorio, el cual se debe prestar bajo la dirección y coordinación del Estado en aras de la materialización de eficiencia, universalidad, solidaridad entre otros, recalcando que con la declaratoria de ineficacia se atentaría contra el mentado principio de sostenibilidad, poniendo en peligro el derecho de los demás afiliados, por lo que solicita que sea revocada la sentencia proferida por el Juzgado en Primera instancia.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos manifestando que la afiliación del demandante a la AFP se produjo en el ejercicio legítimo del derecho de elección de régimen contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que pueda predicarse la existencia de vicio del consentimiento. Seguido, expresó que no se estaba ante la falta al deber de información, sino frente a una falta de interés o negligencia de parte de la parte accionante en relación con su futuro pensional, la cual, de no haberse dado, le habría permitido acceder a todos los beneficios del RAIS.

En punto de la inversión de la carga de la prueba, apuntó que el traslado del actor se materializó en vigencia del Decreto 663 de 1993, es decir, mucho antes de la Ley 1328 de 2009, momento en el que solo se requería el lleno de del formulario de afiliación con los requisitos establecidos por la Superintendencia Financiera, sin lugar entonces a imponer exigencias adicionales previstas en leyes no vigentes para la época, coligiendo que su representada acreditó el cumplimiento de las atribuciones legales vigentes y aplicables al caso del demandante, acentuada con la suscripción del formulario de vinculación (Archivo 03 Tribunal).

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 03 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, precisa y completa 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 las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, lo concerniente al bono pensional y demás emolumentos que se ordena devolver, así mismo se analizará si procede la indexación de las condenas conforme lo ordenó la Juez de Primera Instancia y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada. Por último, se auscultará si hay lugar a la revocatoria de las costas impuestas a las entidades demandadas

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **ÓSCAR ÓMAR MONTOYA ECHEVERRI** estuvo afiliado en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1978 y 2005 (f. 11 a 14 Archivo 07 ED).
- (ii) Que el 10 de marzo de 2005 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, (f. 51 Archivo 04 ED).
- (iii) Que el 22 de diciembre de 2021 el demandante solicitó a **PORVENIR S.A.**, entre otras cosas, accediera a su traslado de régimen pensional, petición a la que no asintió esta entidad, en comunicado del día 30 de esa misma mensualidad (f.79 a 94 Archivo 04 ED).
- (iv) Que el 15 de diciembre de 2021 el señor **MONTOYA ECHEVERRI** solicitó a **COLPENSIONES**, autorizara su traslado al RPMPD, petición negada por la administradora en oficio de la misma calenda (f. 51 a 55 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les 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 el formulario de afiliación del demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 51 Archivo 04 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. 27:15 a 37:32 Archivo 16 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

De la probanza remembrada, y, en contravía de lo considerado por el apelante, no se puede considerar que las manifestaciones de la demandante relativas a que el empleador tuvo injerencia en la decisión de su traslado de régimen pensional, no pueden considerarse como confesión en los términos del artículo 191 CGP, como quiera que probatoriamente en el proceso no hay como extraer que por parte de **PORVENIR S.A.**, sí se cumplió con el deber de información, en tanto es imposible constatar la provisión de otros datos relevantes y suficientes de cara al funcionamiento de los regímenes pensionales, de donde pudiera derivarse un consentimiento siquiera meridianamente informado (Art. 97 Decreto 663 de 1993), pues precisamente este aspecto, como se dijo, es el protegido por la Jurisprudencia, resaltando en Sentencia SL3853-2022:

“(…) En torno a tal tópico la Sala ha adoctrinado que el afiliado tiene la facultad de optar por uno u otro régimen, pero que ello debe hacerlo en forma libre, espontánea y sin presiones, características que no se tipifican por la manifestación pura y simple del traslado; en tanto se requiere de la ilustración completa, diáfana y comprensible sobre las consecuencias positivas y adversas que esa decisión pueda acarrear para el futuro pensional del potencial afiliado (CSJ SL19447-2017).

Así mismo ha precisado la corporación que esa responsabilidad recae en las AFP dada su doble calidad de sociedad de servicios financieros y de entidad de la seguridad social, pues de ello dependen claros intereses sociales, como la protección a la vejez, invalidez y muerte; y por ello, según lo ha previsto el legislador, su omisión conlleva la ineficacia del traslado.

Ahora, el deber de información de las AFP siempre ha existido como una garantía de los derechos del afiliado; la cual ha ido evolucionado con el paso del tiempo, generándose una mayor exigencia de manera gradual, que cubre tres períodos desde la expedición de la Ley 100 de 1993, a saber: i) de 1994 hasta 2009; ii) de 2009 hasta 2014 y, iii) de 2014 en adelante (CSJ SL1688-2019). (…)”.

Así mismo, el precedente de esa Alta Corte también ha sido enfático al decantar que **el cumplimiento del deber de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad**, en virtud de la relevancia de la información que se exige, como lo dijo en Sentencia SL2908-2022 al considerar que:

“(…) Ahora, en torno a la existencia de asistencias, como aquellas de las que da cuenta el formato denominado «histórico de asesorías realizada al afiliado» (f.º 115, ibidem) o «la proyección de la pensión en el régimen de ahorro individual [confrontada con] la del régimen de prima media», del 30 de octubre de 2009 (f.º 150, ib), huelga recordar, que la Corte en las sentencias CSJ SL5595-2021; CSJ SL5252-2021; CSJ SL1017-2022 y CSJ SL843-2022, connotó que «[...] el deber de información también resulta exigible y predicable [en esos] escenarios en las cuales al afiliado se le debe ilustrar sobre las consecuencias positivas y negativas que su determinación puede acarrearle frente a su futura pensión».

Lo dicho, con la precisión de que el cabal cumplimiento de esa obligación, «[...] se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad», pues, al tenor de lo apuntado en la sentencia CSJ SL1688-2019, «[...] un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad», porque de lo contrario, al perder su conveniencia, «ello equivale a la ausencia de información». (…)”.

(Subraya y Negrilla de la Sala).

De otro lado, en la misma decisión, el Alto Tribunal reiteró que, incluso, la desidia de la parte a informarse sobre los regímenes pensionales, o sus condiciones personales y profesionales no convalidan el acto de traslado desinformado, argumentando que: **“(…) Allende a que, como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos (…)**”.

(Subraya y Negrilla de la Sala).

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 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.** 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 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 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.** 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 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 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 la AFP **PORVENIR 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).

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

dáviva o beneficio extraordinario ofrecido por el administrador; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

En lo relativo a los **rendimientos** debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse allí, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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

En ilación con lo antedicho, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

De otro lado, frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de **PORVENIR S.A.** respecto a la devolución del bono pensional, es pertinente poner de relieve que esta orden no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere. Además de lo dicho, revisado el cumulo probatorio arrimado por la misma entidad a folios 53-54 del archivo 04 del expediente digital, puede apreciarse que este no ha sido ni siquiera emitido, y por contera, menos aún redimido, razón por la cual no prosperan los argumentos del apelante.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, junto a 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 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 pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** a la condena en costas impuesta en

primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo reclamado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes; amen que precisamente derivó de las actuaciones u omisiones de la accionada en comento, la necesidad de la accionante de elevar la presente acción judicial, en orden a conjurar los efectos negativos que tal escenario produjo respecto de su vinculación al sistema general de pensiones, por lo que no es precisamente la accionada un tercero ajeno a la situación definida en esta litis.

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 del 22 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO NOVENO 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