

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL
DEMANDADOS	PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 023 2021 00161 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 305

Medellín, primero (01) diciembre 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° 041 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la *Sentencia No. 158 del 17 de octubre de 2023*, proferida por el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL** 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 de su traslado al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** y posteriormente por **SKANDIA S.A.**, disponiéndose su retorno automático a **COLPENSIONES**. **2)** En consecuencia, solicitó condenar a **SKANDIA S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con sus frutos e intereses, al igual que los rendimientos que se hubieren causado. **3)** Así mismo, pidió ordenar a **COLPENSIONES** que acepte su regreso al RPMPD.

Como sustento de lo deprecado, manifestó que se afilió en pensiones al ISS, efectuando aportes desde 1981 hasta 1996, año en el que recibió en su sitio de trabajo a un asesor de **PORVENIR S.A.**, reunión de la que terminó afiliándose a esta entidad, motivado por los engaños y falsas informaciones, como quiera que se le dijo que permanecer en el ISS sería riesgoso, dada la situación económica que atravesaba esta entidad, lo que no acontecía de llegar vincularse al régimen privado.

Así mismo, le fue informado que en el RAIS podría pensionarse a la edad que quisiera, con una mesada superior a la ofertada en el RPMPD, sin que se le precisaran instrucciones para ello. De igual forma, negó haber sido informado sobre la posibilidad de trasladarse de régimen contemplada en la Ley 797 de 2003 en concordancia con el Decreto 3800 de 2003.

Que posteriormente, en el año 2019 decidió cambiarse a la AFP **SKANDIA S.A.**, entidad en la que recibió información parecida a la suministrada por **PORVENIR S.A.**, omitiendo igualmente lo relativo a la expedición del bono pensional.

Más adelante, expuso que en definitiva, los fondos privados accionados nunca realizaron una proyección comparativa entre regímenes, que le permitiera determinar la conveniencia o no de permanecer afiliado al RAIS, transgrediendo con ello lo reglado en el Decreto 663 de 1993, así como lo contenido en el Decreto 1161 de 1994, al no advertir sobre el derecho de retracto, más cuando dijo, los asesores no contaban con la capacitación para ilustrar a las personas, pues se trataba de vendedores cuyo ingreso mensual dependía de las comisiones devenidas de las vinculaciones logradas.

Que la demandada AFP **SKANDIA S.A.** efectuó proyección pensional que arrojó como resultado, que en el RAIS su pensión sería equivalente a UN (1) SMLMV, mientras que, en el RPMPD, accedería a una pensión de \$1.769.747 a la edad de 62 años.

Que en virtud de lo anterior, formuló petición a **COLPENSIONES** con las mismas pretensiones de esta demanda, solicitud de la que negó haber obtenido respuesta (Archivo 02 ED).

CONTESTACIONES

La demandada **SKANDIA S.A.** argumentó que en el caso del demandante no aparece probada la configuración de algún vicio del consentimiento, no existiendo razones fácticas o jurídicas que lleven a la declaratoria de ineficacia. En consecuencia, propuso los exceptivos de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD y COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN BUENA FE* (...)” (f. 2 a 24 Archivo 06 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda manifestando que la vinculación del demandante fue producto de una decisión informada y libre de presiones o engaños, lo que ratificó al suscribir el formulario de afiliación. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 31 Archivo 08 ED).

Finalmente, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; SOBRE LA SOLICITUD JUDICIAL DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DE QUIENES OSTENTAN EL ESTATUS DE PENSIONADO; IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS; PRESCRIPCIÓN; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 30 Archivo 16 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, profirió *Sentencia N° 158 del 17 de octubre de 2023*,

en la que decidió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, del señor CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL, identificado con cédula de ciudadanía 79.153.991 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación a OLD MUTUAL SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, del señor CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL, identificado con cédula de ciudadanía 79.153.991 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a que, dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL, con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Al momento de cumplir la orden impartida, se deberá remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a OLD MUTUAL SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A a que, dentro del término de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

Al momento de cumplir la orden impartida, se deberá remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, que reciba las sumas que le sean giradas por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, las convierta a semanas efectivamente cotizadas por el demandante, teniéndolo por afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas procesales de primera instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades demandadas en favor del demandante.

Se abstiene el despacho a condenar en costas a COLPENSIONES (…).”

Para fundamentar su decisión, el Juzgador precisó primero, que el hecho de tener el demandante traslados horizontales entre AFP del RAIS, no denotaba que hubiere tenido una cabal asesoría, en la medida que este pudo desconocer las variables financieras o de requisitos legales que imperan en el ámbito pensional. Lo anterior, porque pese a que el legislador creó dos (2) regímenes pensionales con la Ley 100 de 1993, desde la promulgación de esta, existe una garantía relativa al ofrecimiento de la información, buen consejo y acompañamiento, aspectos que no halló acreditados en el presente proceso, aclarando que los formularios de afiliación suscritos por el demandante no daban cuenta del

la información entregada, situación que ha dicho la Jurisprudencia Laboral, da lugar a la ineficacia del traslado (Art. 271 Ley 100 de 1993), teniendo en cuenta el traslado de la carga de la prueba en cabeza de los fondos de pensiones, obligación que no alcanzan a satisfacer los fondos demandados.

En consecuencia, consideró viable imponer a **PORVENIR S.A.** y a **SKANDIA S.A.** el traslado de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los gastos de administración, las primas de seguro previsional y reaseguro, al igual que los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. A la par, impuso a **COLPENSIONES** tener como afiliado al actor y recibir los dineros a reintegrar desde el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La mandataria de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación frente a la orden de devolver indexados determinados conceptos, para lo cual dijo que, dentro de las obligaciones impuestas a las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, lo que resulta incompatible con la actualización dispuesta, en la medida que los recursos del demandante no se vieron afectados por la devaluación. Arguye que, por el contrario, los aportes siguieron generando rendimientos, respaldando este aserto en decisiones de otros Tribunales del país.

En concordancia con lo anterior, expuso que la indexación junto con la devolución de los rendimientos genera una doble condena para la AFP, y a la vez, un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES**.

De igual modo, la apoderada de **SKANDIA S.A.** señaló que la afiliación del actor fue completamente válida, como quiera recibió la asesoría pertinente y necesaria, sin que se encuentren configurados los presupuestos para declarar la ineficacia reclamada, puesto que el accionante tuvo la oportunidad de conocer las características y condiciones del RAIS, más aún cuando en interrogatorio de parte aceptó que se le ofreció información sobre la cuenta de ahorro individual, rendimientos, modalidades de pensión y aportes voluntarios.

Así mismo, expuso que las demás exigencias requeridas a su representada surgieron con posterioridad a la vinculación del actor, no siendo viable su aplicación retroactiva, tildando incluso de innecesario el suministro de información, por cuanto el actor ya estaba incurso en la prohibición de traslado por edad.

Reiteró que la afiliación del demandante con su representada fue válida e informada, y que, si bien la motivación del demandante la constituía la expectativa económica de la mesada, ello no probaba la falta al deber de información, y mucho menos vició su voluntad.

Que, en el evento de mantenerse la decisión, no se debería disponer la devolución de los gastos de administración, toda vez que, durante la afiliación del demandante, su defendida cumplió con el deber de proporcionar protección en los riesgos de invalidez y muerte, aunado a que viene invirtiendo debidamente los recursos de su cuenta.

Reforzó la tesis anterior con pronunciamientos de la Superintendencia Financiera, la que se ha inclinado por el respeto al régimen de restituciones mutuas, sin ordenarse el traslado de primas de seguro y comisiones de administración, sosteniendo que, si la consecuencia es entender que el negocio jurídico nunca se celebró, los gastos de administración no debieron generarse.

Por último, atacó la indexación ordenada, en la medida que esta se ve compensada con los rendimientos a reintegrar, y a su vez reprochó la condena en costas, bajo la premisa de que su prohijada siempre actuó de buena fe.

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 concedido, la apoderada judicial de **SKANDIA S.A.** insistió en que siempre actuó de buena fe, como quiera que la afiliación de demandante al RAIS se dio de manera libre, voluntaria y consciente, ajustada a los parámetros del Decreto 692 de 1994, sin que tuviere a su cargo dejar constancia distinta al formulario de afiliación, por lo que, adujo, cumplió con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo, sin que haya quedado probada omisión alguna. Seguido, reiteró el reproche en lo concerniente a la orden de devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, deducidos estos por disposición legal, que también son objeto de descuento en el RPMPD, repitiendo los argumentos esbozados en el recurso de alzada (Archivo 03 ED Tribunal).

Luego, la apoderada de **COLPENSIONES** expuso que debe tenerse en cuenta lo relacionado con el principio de sostenibilidad financiera (Art. 48 y Acto Legislativo 01 de 2005), el cual se ve afectado con decisiones como la asumida en primera instancia, argumentos reforzados con base en lo señalado por la Sentencia T-489 de 2010, añadiendo que dicho principio representa una garantía al derecho fundamental a la pensión de los colombianos. Más adelante, precisó la obligación de evaluar el marco normativo en materia de afiliación al sistema de pensiones, vigente para la época del traslado del actor, en la medida que no puede imponerse el cumplimiento de requisitos no previstos en el ordenamiento.

No obstante, si se decide mantener la ineficacia, solicitó ordenar a las AFP la devolución de todo lo cotizado por el accionante, así como el reporte de la información correspondiente ante Asofondos lo referente a la devolución de recursos ordenada a la AFP, con la indexación impuesta (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, el mandatario de **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 899 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 54A 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 sean los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, sin que quepa 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 que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, y mucho menos indexados, emolumentos que además son susceptibles de prescribir, de conformidad con los artículos 488 CST y 151 CPLSS (Archivo 05 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 sobre las condiciones de su afiliación a la parte actora, al momento del 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 demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, debidamente indexados.

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 **CARLOS IGNACIO UNDA BERNAL** estuvo afiliado en pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones en 1981 (f. 56 a 59 Archivo 16 ED).
- (ii) Que el 16 de marzo de 1996 el accionante decidió trasladarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, entidad de la que el 9 de agosto de 2019, migró a la AFP **SKANDIA S.A.**, donde se encuentra actualmente afiliado (f. 78 a 80 Archivo 08 ED y f. 25 a 40 Archivo 06 ED).
- (iii) Que el 2 de marzo de 2021 el demandante solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera por ineficaz su traslado de régimen, aceptando su regreso automático al RPMPD, petición de la que no se observa respuesta en el expediente (f. 28 a 30 Archivo 04 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede

alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

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

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

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

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

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

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

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

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen,

imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

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

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

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

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

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

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación del demandante a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** (f. 80 Archivo 08 ED y f. 25 Archivo 06 ED), nada se logra extraer 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. 07:55 a 21:52 Archivo 25 ED), contrato a lo argüido por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, de este no logra extraerse confesión que lo perjudique en los términos del artículo 191 CGP, en la medida en que solo refirió haber recibido de las AFP accionadas, información sobre las bondades del RAIS, lo que en modo alguno puede configurarse como un aspecto que tenga efectos negativos en la resolución del presente proceso.

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

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

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen, 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 **SKANDIA S.A.**, entidad a la que está vinculado en la actualidad, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del reclamante, 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 **SKANDIA S.A.** y **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 **SKANDIA S.A.** y **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).

Arguyeron igualmente las apoderadas de **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y fondo de garantía de pensión* 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 las recurrentes, que no resulta discordante la condena a indexación y devolución de rendimientos, como quiera que la indexación se dispone sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se generan los rendimientos; y aquella procede en aras de superar el deterioro del dinero producido 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)

Se establece en relación con los *rendimientos*, que estos se causan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal, no siendo una dádiva de las administradoras de pensiones, toda vez que legalmente se impone que estos aportes generen una rentabilidad precisa; 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 de igual manera se comprenden en las cotizaciones efectuadas al RAIS, que ningún rédito adicional generan, 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 generan unos *rendimientos*, que además se estipulan como un imperativo legal, de allí que no pueda tenerse como una dádiva o beneficio extraordinario ofrecido por el administrador; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

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

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

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

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

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad

social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **SKANDIA S.A.**, es menester indicar 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 como erradamente lo entiende la apoderada de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la decisión estudiada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede la suma equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una.

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° 158 del 17 de octubre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

SEGUNDO: Las **COSTAS** están a cargo de **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede la suma equivalente a un (1) SMLMV a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA