

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARTHA LUCÍA GIL CRISTANCHO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A. VINCULADO COMO LITIS NECESARIO: PROTECCION SA
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-012-2022-00310-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISION	ADICIONA Y REVOCA

SENTENCIA No. 306

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 el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°040 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la *Sentencia del 25 de julio de 2023*, proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA LUCÍA GIL CRISTANCHO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, trámite al que se vinculó como litis consorte necesario a **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, disponiéndose su retorno al primero. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración. **3)** Así mismo, instó que se ordene a **COLPENSIONES**, tener como afiliada de esa entidad a la demandante, sin solución de continuidad, **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en los siguientes supuestos fácticos:

Que nació el 12 de febrero de 1971, realizando aportes al extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS** hoy **COLPENSIONES**, desde el 17 de febrero de 1992 hasta el 3 de octubre de 1994, acreditando un total de 91.71 semanas cotizadas para esa entidad.

Manifiesta que, en noviembre de 1999 fue abordada por un asesor comercial de **PORVENIR S.A.**, quien le sugirió trasladarse de régimen pensional, omitiendo explicarle las ventajas y desventajas del RAIS, las diferencias entre ambos regímenes, y cuáles eran los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Finalmente indicó que, el 27 de julio de 2022 radicó petición ante **COLPENSIONES**, a través de apoderado judicial, solicitando nuevamente su afiliación al RPMPD y que se recibiera el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual; solicitud que fue despachada mediante comunicado el 27 de julio de 2022, en la cual se niega lo petitionado. (f. 2 a 6 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE Y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 2 a 33 Archivo 07 ED).

A su turno **COLPENSIONES** propuso como medios exceptivos los siguientes: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, 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 28 Archivo 09 ED).

En Auto interlocutorio N° 586 del 24 de abril de 2023, se dispuso la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.**, en condición de litis consorte necesario, entidad que dio respuesta al gestor, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo las excepciones de mérito denominadas: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO Y TRASLADO DE APORTES A OTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES (...)*” (f. 3 a 20 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia del 25 de julio de 2023, dispuso literalmente lo siguiente:

“(...) *PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por la señora MARTHA LUCÍA GIL CRISTANCHO, identificada con la C.C. 39.707.524, al régimen de ahorro individual efectuado el 1 de agosto de 1994.*

SEGUNDO: CONDENAR A la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar el monto del capital ahorrado por MARTHA LUCÍA GIL CRISTANCHO, desde el 1° de julio de 1999, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como

a devolver a la misma todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la mencionado como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora.

Estos traslados deben ser asumidos así:

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos trasladará a Colpensiones todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones completas y bono pensional, sin lugar a los descuentos por los conceptos antes aludidos que se hubiesen podido generar por el período durante el cual el accionante ha permanecido afiliada a dicho Fondo, esto es, entre el 1° de julio de 1999 y hasta la fecha en que se realice el traslado efectivo.

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A con cargo a sus propios recursos trasladará a Colpensiones los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora mientras la demandante estuvo afiliada: esto es, entre el 1° de septiembre de 1994 y hasta el 30 de junio de 1999.

Sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo.

Se advierte que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán las referidas AFP quienes asuman la diferencia que resultare, en proporción al período durante el cual la mencionada permaneció afiliado a estas Administradoras.

Se ordenará a las AFP codemandadas a entregar a COLPENSIONES, dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a recibir de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.

CUARTO: DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por las codemandadas.

QUINTO: COSTAS a cargo de las codemandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Sin costas a cargo de Colpensiones. Se fijan las agencias en derecho en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de cada una de ellas por partes iguales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. (...)"

Para arribar a esta decisión la Juez de Primera Instancia sostuvo, que dentro del sistema general de pensiones coexisten dos regímenes pensionales, el de Prima Media con Prestación

Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, que, si bien cubren las mismas contingencias, prevén distintos requisitos para su causación.

En torno al deber de información adujo, que en consonancia con el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, debe la AFP brindar una información responsable al usuario para su eventual escogencia y/o traslado de régimen pensional, línea que también se sigue bajo los parámetros de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; siendo deber de la entidad de pensiones, brindar una asesoría suficiente, explicando los riesgos y beneficios del traslado, para que así se pueda hablar de una decisión informada, autónoma y consciente, ya que si no se cumple con estos requisitos, se tendrá que declarar ineficaz la decisión, tal como lo ha decantado de antaño la línea Jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia como la 31989 de 2008.

Adicional a ello aseveró que, en procesos como el ahora estudiado, se invierte la carga de la prueba, siendo responsabilidad de los fondos pensionales acreditar que el afiliado recibió la respectiva información al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, sin que quepa admitir que, con el simple formulario, se pueda dar la comprobación del cumplimiento del deber de información, tal como lo expone el máximo órgano de cierre en materia laboral en proveído SL 4322 de 2022.

En ilación con lo antelado, señaló el *A quo* que en el presente asunto no se avizoraba que la demandante hubiese tomado una decisión informada y transparente, pues brilla por su ausencia material persuasivo que así lo demuestre.

En ese sentido expuso que, en el presente asunto, **PROTECCIÓN S.A.** no acreditó haber suministrado una información adecuada a la demandante al momento de su traslado al RAIS, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por esta, incluso de los traslados horizontales que se hicieron dentro de este mismo régimen pensional, con las consecuencias económicas anotadas, sin que quepa admitir la excepción de prescripción. Finalmente, negó los perjuicios morales deprecados, pues aduce que no se observa prueba en el legajo que soporte los dichos expuestos desde la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión, sosteniendo que la AFP dio cumplimiento al deber de información tal como estaba previsto al momento en que se dio la vinculación de la demandante, haciendo énfasis en que esta entidad no tuvo injerencia alguna en el traslado inicial de régimen pensional de la actora, y que la vinculación a **PORVENIR S.A.** se realizó como un traslado de AFP en el mismo RAIS, pues la afiliada ya se encontraba vinculada a este régimen.

Adicionalmente, señaló que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, dado que estos se descontaron como contraprestación por la buena gestión de la entidad, que incluso generó rendimientos sobre los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual; adicionalmente, menciona que es el mismo artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el que dispone que estas erogaciones no hacen parte de los recursos que financian la pensión de la afiliada.

Recalca, que la parte actora mostró una actitud pasiva durante su permanencia en este régimen, pues nunca ejerció su derecho al retracto, ni tampoco estuvo interesada en hacerlo. Del interrogatorio de parte relieves, que se pudo extraer que el interés de retornar al RPMPD es de carácter netamente económico, denotando que la insatisfacción sobre la mesada pensional, no da lugar a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de la afiliación.

Refiere que la decisión de traslado se adoptó por parte de la demandante, de una manera libre y voluntaria, como quedó acreditado con el formulario de afiliación, y el mencionado interrogatorio de parte, enfatizando que no hay lugar a la devolución de los gastos de

administración, ni mucho menos a su indexación, dado que con el traslado de los rendimientos se estaría compensando la pérdida del poder adquisitivo que pudo afectar esos recursos en el transcurso de este tiempo, por lo que una condena en ese sentido generaría un doble pago en contra de su representada.

Por lo anterior, solicita que sea revocada la sentencia emitida por la Juez de primera instancia, para en su lugar absolver a su representada de las condenas que le fueron impuestas.

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

La apoderada de **COLPENSIONES**, señaló que, una vez estudiados los hechos de la demanda, las pretensiones planteadas por la parte demandante y el material probatorio relacionado, aportado, decretado y practicado en el trámite de primera instancia, no hay discusión que la señora MARTHA LUCIA GIL CRISTANCHO, nació el 12 de febrero de 1971, por lo que a la fecha de presentación de este escrito cuenta con 52 años, demostrando con ello que estaría inmersa en la prohibición legal que contiene el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de diez años de causar su derecho pensional, realizando un breve análisis sobre conceptos jurídicos como el de la nulidad e ineficacia.

Finalmente, indica que en caso de que la decisión este orientada a confirmar la sentencia proferida en primer grado, sea adicionado y para que se ordene a **PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.** devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, los gastos o cuotas de administración, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los seguros previsionales, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, frutos e intereses, lo concerniente al bono pensional en caso de haberse redimido y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional causados durante el tiempo en que la señora MARTHA LUCIA GIL CRISTANCHO estuvo afiliada a las Administradoras del RAIS debidamente indexadas (Archivo 03 ED).

El apoderado de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho en su recurso de alzada, en lo concerniente a que, para el momento del traslado de la demandante, cumplió con el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993, sumado a que la parte tuvo varias oportunidades de cambiarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

Manifestó que la prueba documental que se extraña por el Juez, surgió solamente desde la Circular No. 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, y exigencias como el buen consejo y la doble asesoría, nacieron entre los años 2010 y 2014. Así mismo resaltó que, hubo un incumplimiento de los deberes a cargo del demandante, dado que no realizó comparaciones entre los regímenes, y tampoco formuló preguntas al momento de suscribir el formulario de afiliación, o a través de los canales de información dispuestos por esta entidad.

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que ha sido cumplida plenamente, y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, por la indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas, que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 04 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN 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 y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARTHA LUCIA GIL CRISTANCHO** estuvo afiliada en pensiones al ISS entre 1992 y 1995 (f. 52 a 60 Archivo 09 ED).
- (ii) Que el 01 de agosto de 1994 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (f. 34 Archivo 13 ED).
- (iii) Que el 25 de marzo de 1998, estando vinculada al RAIS, la señora GIL CRISTANCHO se cambió nuevamente de AFP, esta vez afiliándose a **DAVIVIR** (f.33 Archivo 13 ED).
- (iv) Posteriormente, el 26 de mayo de 1999 se vinculó a **COLPATRIA** (hoy Porvenir S.A.) (f.54 Archivo 07 ED).
- (v) Y finalmente, el 19 de noviembre de 1999 la demandante se trasladó a la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra vinculada en la actualidad (f.71 Archivo 07 ED).
- (vi) Que el 22 de julio de 2022 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición a la que no accedió la entidad en oficio de la misma fecha (f. 23 a 29 Archivo 03 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido ha prevenido que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se

trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adoctrinado 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 de la demandante a la AFP DAVIVIR y **PORVENIR S.A.** (f. 33 y 71 Archivos 13 y 07 ED), así como del certificado de afiliación de ASOFONDOS (f.54 Archivo 07 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 habría de liquidarse la pensión de vejez en uno y otro, los factores que inciden en la prestación, y demás aspectos relevantes distintivos de cada régimen; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna. Recalcando esta entidad que no fue aportado el formulario de vinculación por primera vez al RAIS con la AFP **PROTECCIÓN S.A.**

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. 10:54 a 26:54 Archivo 19 ED), de este no logra extraerse confesión que la perjudique.

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

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

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

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

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por 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 la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

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

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN 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 **PROTECCIÓN 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).

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

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo aseverado 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, SL4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021), y además está fijada sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se causaron los rendimientos.

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

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

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

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

parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En 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.

En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por la Juez de primer grado, y como quiera que la decisión también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, debe esta Sala adoptar las medidas que correspondan en estos casos, específicamente, en lo relativo a la obligación de los fondos privados de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, conforme lo tiene decantado la Jurisprudencia Especializada, por ejemplo en la Sentencia SL4609-2021.

Por lo anterior, se adicionará el numeral segundo del proveído inicial, a efectos de ordenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de los rubros objeto de devolución a **COLPENSIONES**, incluya los dineros descontados para primas de seguro previsional, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Así mismo, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se ordenará que, al momento de cumplirse dichos mandatos por parte de las AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022).

De otro lado, en lo referente al orden contenida en el numeral segundo, en el que se dispuso: *“Se advierte que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, serán las referidas AFP quien asuma la diferencia que resultare”*, a fin de que fuera asumida por las AFP una especie de cálculo de equivalencia con los aportes y rendimientos generados en el RPMPD, es preciso indicar que, la ineficacia declarada no puede quedar sometida a dicho cálculo, por la potísima razón de que no es este un efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, ello porque pese a requerirse la actualización de los aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente, del régimen de prima media que administra **COLPENSIONES**, la solución acogida por el Alto Tribunal de Casación Laboral a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la devolución de todos los rubros que integran las cotizaciones, aportes con sus rendimientos, así como de los tres (3) conceptos que se adhieren a los gastos de administración, debidamente indexados, tal como se indicó en líneas anteriores, medida reiterada, por ejemplo, en Sentencia SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

De ese modo, este aspecto de la condena inicial deberá revocarse, a efectos de ajustar la decisión a lo concebido desde el precedente del Órgano de Cierre en materia laboral, que itera la Sala, está direccionado precisamente a la devolución de todo lo recibido, con la actualización económica de los rubros descritos (SL2877-2020 y SL1442-2022).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional,

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

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

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará y revocará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, se fijan como agencias en derechos la suma de UN (1) SMMLV.

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: Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO** de la *Sentencia del 25 de julio de 2023*, proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el sentido de:

- **ORDENAR** a las AFP **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de los valores a devolver a **COLPENSIONES** se incluya lo correspondiente a las primas de seguro previsional, valores que serán reintegrados debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **PRECISAR** que la citada corrección monetaria procede sobre los recursos a reintegrar por concepto de gastos de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional.
- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a las AFP **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos señalados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia enunciada, en cuanto dispuso efectuar un cálculo de equivalencia de los aportes entre regímenes, relevando a las entidades demandadas de esta específica obligación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión apelada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de UN (1) SMMLV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA