

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CATALINA MARÍA BETANCUR MARTÍNEZ
LITISCONSORTES	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-007-2022-00500-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 011

Medellín, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

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 DECISIÓN LABORAL, según consta en Acta N° 001 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la *Sentencia del 21 de noviembre de 2023*, proferida por el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **FANCY ANITH MARIN GUTIERREZ**, identificada con T.P. No. 226.035 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 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **CATALINA MARÍA BETANCUR MARTÍNEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia de su traslado al RAIS. 2) Consecuencialmente, que se ordene a **PORVENIRS.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual. 3) Se condene a **COLPENSIONES** a recibir la totalidad de los aportes y proceda con su afiliación sin solución de continuidad, 4) Finalmente, solicita se condene en costas a las entidades demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, indica la accionante que se afilió inicialmente al RPMPD administrado por el extinto ISS a partir del mes de enero de 1993, explicando que para el mes de junio de 1994 decidió trasladarse al RAIS administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, fondo pensional en el que aduce le fue informado que podía pensionarse de manera anticipada, sin embargo, no explicaron de manera clara las condiciones

para dicha pensión, manifestando que esta asesoría fue deficitaria, además que tampoco se le explicó que tenía la posibilidad de retractarse, ni mucho menos le fueron explicadas las condiciones en uno y otro régimen para lograr su derecho pensional.

De otro lado indicó que, para el mes de octubre y estando vinculada en el Régimen de Ahorro Individual se afilió a PORVENIR S.A., posteriormente en el año 2001 regresó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, en el mes de marzo de 2002 suscribió formulario con PROTECCIÓN S.A., posteriormente en el año 2004 con HORIZONTE y finalmente para el año 2011 se trasladó a PORVENIR S.A. Finalmente, sostuvo que presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, para que le permitiera regresar al RPMPD, petición despachada desfavorablemente (f. 3 a 17 (Archivo 02 ED)).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

COLPENSIONES resistió las pretensiones del gestor, proponiendo como excepción la de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, IMPOSIBILIDAD DE RECONOCIMIENTO DE PENSION DE VEJEZ, BUENA FE, PRESCRIPCION E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 31 a 58 Archivo 05 ED).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a lo pedido, tras considerar que la decisión de la demandante de trasladarse de régimen fue válida, exentas de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Propuso las excepciones de mérito de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN (...)*” (f. 2 a 15 Archivo 06 ED).

Por su parte **PORVENIR S.A.** se opuso a las excepciones proponiendo los siguientes medios exceptivos: “(...) *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 43 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de Primera Instancia, el JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 21 de noviembre de 2023 indicó:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la *INEFICACIA de la afiliación inicial de la demandante CATALINA MARIA BETANCUR MARTINEZ a la AFP HORIZONTE, HOY PORVENIR SA, en el año 1994 y posterior movilidad a la AFP PORVENIR SA en el año 1997, HORIZONTE SA en el año 2001, PROTECCION SA en el año 2002, HORIZONTE SA en el año 2004 y PORVENIR SA en el año 2011.*

SEGUNDO, DECLARAR que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES desde su afiliación inicial al RAIS sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del presente fallo traslade con destino a **COLPENSIONES** todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse ya redimido y con destino a la entidad pertinente para que esa entidad proceda con su anulación y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados

con cargo a sus propios recursos así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiese realizado. Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalles de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN propuestas por las codemandadas conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Las demás excepciones quedan implícitamente resueltas conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Se **CONDENA** en costas a PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA fijando el despacho como agencias en derecho la suma equivalente a **DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** a favor de la demandante, los cuales deberán ser pagados en razón de UN (1) SMLMV por cada una de las citadas AFPs. Se abstiene el despacho de emitir condena en costas en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. (...)”.

Para fundamentar su decisión, señaló la Juez de Instancia que el Sistema General de Pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población en las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de los diferentes tipos de prestaciones, coexistiendo dos regímenes, a saber, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, recalando que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación a cualquiera de estos dos subsistemas es libre y voluntaria, lo que lleva a concluir que la información brindada debe ser exacta, precisa y suficiente, y en caso de no cumplir con tales requisitos, su consecuencia es la ineficacia de la afiliación.

Acto seguido, hizo alusión al artículo 271 de ese mismo compendio normativo, que señala no solo las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la vinculación efectuada, haciendo alusión al Decreto 663 de 1993, vigente para la época del traslado, normativa que establecía la obligación de los fondos privados de ofrecer a los usuarios una información clara y objetiva con el fin de que estos eligieran la opción que más se adecuara a sus intereses, criterio decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, como se observa en la sentencia SL1688 de 2019, donde expresó que es deber de estas entidades ofrecer una asesoría integral, objetiva y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes, garantizando así a los afiliados un juicio claro sobre las mejores opciones del mercado, recalando lo establecido por el Decreto 656 de 1994, Decreto 720 de 1994 y lo expuesto en sentencias SL 31989 de 2008, SL 12136 de 2014, SL 1452 de 2019 SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021, SL 1217 de 2021 y SL 5686 de 2022, providencias donde reitera el Alto Tribunal, el deber de información que le asiste a este tipo de entidades.

En hilo con lo antelado, sostiene la Juez de Primera Instancia, que la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico respecto a la afiliación desinformada, es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, señalando que esa misma Corporación considera que el libre albedrío exigido por el Sistema de Seguridad Social, no se restringe a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, la cual no se configura con el diligenciamiento de un formulario, pues desde la creación de las AFP existe el deber de asesoramiento y buen consejo, que ha ido variando con el paso del tiempo, reiterando la inversión de la carga de la prueba que se da al interior de estos procesos, explicando que no es suficiente la suscripción del formulario para tener por

demostrado dicho supuesto, pues si bien se acredita un consentimiento libre y voluntario, no se puede tomar este como un consentimiento informado.

En concordancia con lo anterior, indicó que con las pruebas practicadas no se lograba demostrar el deber de información por parte de las AFP del RAIS, pues el formulario de afiliación obrante en el plenario no es suficiente para determinar que la decisión de la afiliación hubiese sido libre y voluntaria, o que hubo un consentimiento informado, recalcando que por el hecho de que la parte demandante en su interrogatorio indicara que su intención de trasladarse versa por cuestiones económicas en su mesada, ello no desliga al fondo pensional de la carga de demostrar que sí realizó una adecuada asesoría al usuario, debiendo así declararse la ineficacia del traslado y con ello la devolución de los emolumentos existentes en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, gastos de administración, primas del seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ordenando la indexación de estos tres últimos valores, declarando no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La apodera judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión solicitando que, sea revocada la decisión de primer grado, argumentando que, para la fecha en que se perfeccionó el traslado de régimen de la demandante, no existía noma legal que impusiera la obligación al fondo de pensiones de conservar en sus archivos la asesoría brindada a la potencial afiliada, ya que solo era obligación que las AFP guardaran el formulario de afiliación, el cual se encuentra signado por la demandante y que fue aportado con la contestación a la demanda dentro de la oportunidad procesal pertinente, recalcando que la asesoría se realizó de manera verbal.

Así mismo, sostuvo que fue aportado comunicado enviado a la demandante, donde advertían que se encontraba *ad portas* del cumplimiento de la edad mínima para realizar el traslado de régimen, si así lo deseaba, misiva que si bien no cuenta con constancia de recibido por parte de la accionante, fue remitido por un canal de comunicación habilitado, lo que enseña la diligencia con la que en su momento actuó el fondo pensional, sin que se observe que la demandante hubiese sido diligente en su actuar, pues no obra prueba que demuestre que solicitara en su caso una asesoría.

De otro lado, manifestó que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se revoque la orden de devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima de manera indexada, argumentando que estas sumas ya no se encuentran en el patrimonio de la AFP y que se descontaron en beneficio del afiliado, pues incrementan el capital ahorrado y cubre contingencia como el de invalidez y muerte. Además de ello, solicita no se condene al pago de la indexación de estos valores, como quiera que el detrimento de los valores que se busca conjurar, se encuentra cubierto con los rendimientos que también fueron ordenados devolver, generando con ello un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y una doble condena a su representada.

Por su parte el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, reiteró lo manifestado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, aduciendo que, para la fecha del traslado de régimen efectuado por la demandante, no existía la obligación de conservar una prueba física o documental de la asesoría, arguyendo que no se ejerció presión a la afiliada para la suscripción del formulario de afiliación con su representada, lo que demuestra que dicho acto jurídico es válido.

Así mismo, sostuvo que no se cuenta con prueba que demuestre que la señora **CATALINA MARÍA BETANCUR MARTÍNEZ**, se acercará a las oficinas de la entidad buscando una asesoría pensional y así absolver las dudas, demostrando la conformidad de pertenecer al RAIS.

Finalmente, también muestra su reparo frente a la condena de indexar una serie de valores, pues considera que con la devolución de los rendimientos es suficiente para resarcir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal otorgado, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** alegó alegatos de conclusión, indicando que la decisión de Primer Grado debía revocarse, como quiera que la demandante no cumplía con los requisitos establecidos en nuestra legislación para el traslado de régimen deprecado, adicional a que no se probó un vicio del consentimiento al momento de su vinculación al RAIS (Archivo 03 ED Tribunal).

La apodera de **PORVENIR S.A.** alegó memorial de 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 N° 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).

Por su parte la apoderada judicial de la UGPP, reiteró lo ya dicho en su recurso de alzada, afirmando que los afiliados son libres de elegir el régimen que crean más conveniente para sus intereses, y que tanto CAJANAL y la UGPP, como los fondos privados de pensiones deben respetar la libre autonomía de la voluntad privada de estos, y gestionar su traslado sin la interposición de trabas o trámites que la misma Ley no haya dispuesto ni previsto para tal fin, previa la verificación de los requisitos de traslado, resaltando que al no existir disposición al interior del ordenamiento jurídico, Constitución, Ley, Decreto, Acto administrativo que imponga la obligación a CAJANAL de asesorar a los afiliados que deseen trasladarse del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, hay una imposibilidad lógica de querer derivar responsabilidad por omisión cuando no existe precepto jurídico que imponga correlativamente una obligación a su representada en tal sentido, de tal suerte que sin la existencia de disposición normativa que radique en cabeza de la UGPP una obligación de hacer, no puede hablarse de ser responsable de haber omitido una obligación inexistente, teniendo lugar una relación de dependencia lógica entre el deber legal y la omisión (Archivo 04 ED Tribunal).

Finalmente, la apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** señaló que su representada actuó bajo el principio de buena fe constitucional y conforme a derecho, brindado la información idónea y necesaria que se requería para la época respecto a la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de lo cual no resulta por probada la mala fe de su representada (Archivo 05 ED Tribunal).

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

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **CATALINA MARÍA BETANCUR MARTÍNEZ** estuvo afiliada al ISS, entre el mes de enero y agosto de 1993 (f. 60 a 64 Archivo 05).
- (ii) Que el 22 de junio de 1994, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (f. 54 Archivo 07 ED).
- (iii) Que posteriormente, y estando afiliada al RAIS decidió trasladarse el 07 de octubre de 1997 a **PORVENIR S.A.**, regresando el 06 de marzo a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, vinculándose el 08 de marzo de 2002 a **PROTECCIÓN S.A.** y nuevamente a **HORIZONTE** el 13 de febrero de 2004 (f.55 a 57 Archivo 07 ED).
- (iv) Finalmente, el 15 de febrero de 2011 se vinculó nuevamente a **PORVENIR S.A.**, entidad en la que permanece afiliada en la actualidad (f. 58 Archivo 07 ED).
- (v) Que la demandante elevó solicitud de traslado de régimen pensional ante **COLPENSIONES**, petición despachada desfavorablemente a través de oficio del día 07 de diciembre de 2022 (f.50 a 51 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 el Alto Tribunal de cierre en materia laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la

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

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios 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 de la demandante a la AFP **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (f. 54 a 58 y 23 Archivos 07 y 06 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 36:04: a 48:28 Archivo 32 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 este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto del 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 (f74-75 Archivo 27 ED), pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad con la que se materializó el traslado inicialmente, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su 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 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 la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PORVENIR S.A.**, 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 **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN 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.** 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

Página 10 de 12

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

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

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

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

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

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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

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

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,


R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 21 de noviembre de 2023, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

SEGUNDO: Las **COSTAS** están a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL