

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA EUGENIA MORENO ROLDÁN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-009-2020-00236-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 045

Medellín, veintidós (22) de marzo 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 DECISION LABORAL, según consta en Acta N° 007 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia N° 018 del 13 de febrero de 2024, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA EUGENIA MORENO ROLDÁN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, teniéndose para todos los efectos como válidamente afiliada y sin solución de continuidad al RPMPD. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A** a trasladar a **COLPENSIONES** todo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generados **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que proceda nuevamente con su afiliación a esta entidad. **4)** Finalmente instó el reconocimiento de la pensión de vejez.

Sea el momento procesal oportuno para precisar que, en atención a que la demandante había iniciado un nuevo proceso judicial ante el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito con radicado No.05-001-31-05-019-2022-00393-00, con similares hechos y pretensiones, fue ordenado por esta célula judicial a través de auto del 23 de mayo de 2023 remitir las diligencias al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín para que procediera con la acumulación respecto del asunto que conoce esta última agencia judicial bajo radicado No. 05001-31-05-019-2020-00236- 00 (Archivo 14 documento 19 ED).

Como sustento de sus pedimentos manifestó que, nació el día 27 de mayo de 1968,

aduciendo que inició su vida laboral prestando sus servicios a empresa P.S.I.S. A. afiliándose al Sistema de Seguridad Social en Pensiones al extinto ISS hoy COLPENSIONES en el mes de junio de 1994, para después trasladarse en el mes de septiembre de 1996 al Régimen de Ahorro Individual, vinculándose a la AFP PORVENIR S.A.

Asegura que la AFP PORVENIR no le brindó una debida asesoría, pues no explicó las condiciones para la causación de su pensión de vejez, y mucho menos la forma de liquidación de la prestación en uno y otro régimen pensional; asegura que no le expusieron las ventajas y desventajas de su decisión, incumpliendo así aún más el deber de diligencia que impone la responsabilidad profesional que atañe a esta entidad, derivada de la prestación de un servicio público esencial que tiene como fuente un derecho fundamental irrenunciable, a saber, la seguridad social.

De otro lado, asegura que presentó solicitud de ineficacia del traslado de régimen pensional ante las entidades llamadas a juicio, quienes decidieron despachar de manera negativa su solicitud (f. 1 a 16 Archivo 02 ED y 6 a 18 Archivo 14 documento 02 Demanda acumulada).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN Y/O VINCULACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD REALIZADO POR LA DEMANDANTE, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)

(...) *INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASO DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN, IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO CUANDO EL DEMANDANTE ADQUIRIÓ EL ESTATUS DE PENSIONADO O TIENE UNA SITUACIÓN JURÍDICA CONSOLIDADA, INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE REGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES DE MORA DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACION, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)

A su turno **PORVENIR S.A.** presentó los siguientes medios exceptivos: “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES DE TRACTO SUCESIVO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, LA DEMANDANTE ALEGA SU PROPIA NEGLIGENCIA EN SU BENEFICIO y ATIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS* (...)” (f.2 a 50 Archivo 14 documento 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia N° 018 del 13 de febrero de 2024, decidió:

“(...) **PRIMERO:** *DECLARAR ineficaz el cambio del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que fuera efectuado por la señora MARIA EUGENIA MORENO ROLDÁN identificada con C.C. 43.570.561, en consecuencia, declarar que esta ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es*

administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO: *Se CONDENA a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA EUGENIA MORENO ROLDÁN ya identificada junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y en caso de que se haya redimido algún bono pensional este deberá ser anulado y devuelto a la cartera ministerial y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de las sumas seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

TERCERO: *Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la señora MARIA EUGENIA MORENO ROLDÁN en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados al RAIS y de acuerdo al IBC que fueron cancelados.*

CUARTO: *Se ABSUELVE a COLPENSIONES de las demás pretensiones formuladas en su contra, en lo que se refiere al reconocimiento de la pensión de vejez.*

QUINTO: *Se DECLARA no probadas las excepciones que fueron propuestas por las codemandadas teniendo en cuenta los argumentos que anteceden y atendiendo a la naturaleza condenatoria de la decisión proferida.*

SEXTO: *Se CONDENA en costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A, se fijan agencias en derecho el valor de \$1.300.000, no se imponen costas a cargo de COLPENSIONES (...)*

Para arribar a esta decisión, la Juez de primer grado sostuvo que, a fin de resolver la temática estudiada, debía acudir a lo dispuesto en el artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, Decreto 720 de 1994, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, y la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral consolidada en sentencias como la 31389 de 2008, SL2229-2022, SL3156-2022, y SL3456-2022, a efectos de indicar que en asuntos donde se estudia la validez del traslado de un régimen pensional a otro, resulta inexorable que el fondo de pensiones estudie las circunstancias particulares de la persona, a fin de determinar si le conviene o no tal vinculación, con la explicación detallada de las condiciones para acceder a los beneficios económicos del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, obligaciones creadas desde el mismo nacimiento de los fondos de pensiones.

Que en circunstancias donde se alega el incumplimiento del deber de información, se invierte la carga de la prueba, quedando esta en cabeza del fondo, para quien no basta aportar el formulario de afiliación, al no ser plena prueba del consentimiento informado (SL1055-2022), y al no cumplir con dicha carga la entidad, genera entonces la ineficacia del traslado, que no se sana con situaciones posteriores, tales como traslados horizontales, y tampoco con la reasesoría, toda vez que el acto jurídico se evalúa al momento de materializar el traslado (SL4426-2019).

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

En ese sentido expuso que, en el caso del demandante, no se aportó por parte de las AFP ningún elemento de prueba que dé cuenta del cumplimiento del deber de información respecto

de las características del RPMPD y el RAIS, versando toda la asesoría otorgada respecto de las bondades del régimen privado de pensiones, debiendo así declararse la ineficacia del traslado efectuado por el actor, retrotrayendo su situación al estado anterior a dicho acto, como si nunca hubiere decidido trasladarse. Dispuso en consecuencia, que la demandada debe devolver todos los recursos recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante. Por último, precisó que esta acción no es susceptible de prescribir.

De otro lado, y con respecto a la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, señaló que en el presente asunto se estaba ante una petición anticipada, pues la actora aun no cumple la totalidad de requisitos para la causación de la pensión de vejez contemplada en la Ley 797 de 2003, pues a la fecha solo cuenta con 55 años de edad, advirtiendo que igual suerte corre la pretensión encaminada al reconocimiento de perjuicios, ya que la actora no tiene la calidad de pensionada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión mostrando su desacuerdo frente a la providencia de primer grado, señalando que también constituía un deber para la actora, el estar informada y cerciorarse acerca de los servicios contratados; era su obligación indagar sobre las condiciones, comisiones y restricciones del traslado, debiendo exigir las explicaciones del caso, fuera de manera verbal o escrita.

En cuanto a la indexación de las condenas sostuvo que esta era improcedente, pues las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante no se vieron afectadas por la depreciación de la moneda, si se tiene en cuenta que sobre estos dineros se generaron rendimientos, rubro que sería excluyente respecto de la indexación ordenada.

Frente al porcentaje destinado al *fondo de garantía de pensión mínima* indicó que, estos recursos son recaudados y administrados por los fondos privados desde 2003, en una cuenta destinada para tal fin, hasta el momento en que la oficina de bonos pensionales del Ministerio Público autorice su utilización conforme a la finalidad dada por el legislador en el Decreto 832 de 1996.

En ese mismo sentido, sostuvo que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, primero porque estos valores son descontados en contraprestación de los servicios suministrados por la AFP, y los segundos, son descontados y depositados en la cuenta de un tercero para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal oportuno, el apoderado 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 897 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo expuso que, el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 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 son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas; para lo que cita como fundamento legal de su postura, el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, mencionando de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, mucho menos indexados (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS, según las pruebas recaudadas; 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, 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 **MARÍA EUGENIA MORENO ROLDÁN** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó aportes entre 1994 y 1996 (f. 22 a 26 Archivo 07 ED).
- (ii) Que el 22 de agosto de 1996, la demandante se trasladó al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, conservando la condición de afiliada a esta en la actualidad (f.100 Archivo 14 documento 10 ED)
- (iii) Que el 28 de enero de 2020 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** que previa declaratoria de nulidad de su vinculación al RAIS, autorice el traslado de régimen, petición despachada negativamente en oficio adiado el día siguiente (f. 50 a 52 Archivo 02 ED y 314 a 316 Archivo 14 documento 09 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le

convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido ha prevenido que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se

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

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

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

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

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

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

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

2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a las AFP **PORVENIR S.A.** (f.100 Archivo 14 documento 10 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearba 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. 16:22 a 22:34 Archivo 21 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 afiliado.

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

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su 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 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.** 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 de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

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

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

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la 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).

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.

Arguye la apoderada de **PORVENIR S.A.** en su alzada, que la **indexación** de los valores atinentes a *gastos de administración, porcentajes destinados a cancelar las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima* es incompatible con la devolución de los **rendimientos**, pues en su sentir comporta una doble erogación; aspecto que en contravía de lo argüido por la recurrente, no resulta discordante, 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 (Sentencia SL2611-2020).

Se precisa en relación con los *rendimientos* - cuya devolución también fue objeto de la condena -, que estos son causados exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual, por expreso mandato legal*; ubicándose de otra parte, los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos 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*; 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.

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

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

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

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza 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).

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

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia N° 018 del 13 de febrero de 2024, proferida por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL