

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN – Las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), quedaron encargadas, entre otras cosas, al tender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, de prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales. /

HECHOS: La señora (MIÁA), pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó del RPMPD al RAIS, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas y cada una de las cotizaciones junto con los rendimientos y gastos de administración. Así mismo, solicitó ordenar a COLPENSIONES a tener como válida su afiliación a este régimen pensional. El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. La Sala deberá resolver si se demostró que PORVENIR S.A, cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora y, si operó el fenómeno prescriptivo y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos que se desglosan de las cotizaciones de la afiliada.

TESIS: Es necesario recordar 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. (...) Al respecto, recalca el Alto Tribunal que el deber de información en lo que atañe a su contenido y alcance se encuentra en cabeza de las administradoras de pensiones, en la medida en que sobre estas es que recae la obligación de informar de manera idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se derivan para el afiliado sobre su vinculación y posterior traslado entre un régimen y otro. En relación con este punto expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia el 22 de noviembre de 2011 radicación: 33083. (...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura. Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares. (...) El principio de “libertad de selección de régimen” también ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, haciendo énfasis en el acatamiento del deber de proporcionar información, el cual se configura como uno de los plurales deberes de las administradoras con respecto a sus afiliados, como lo señaló en sentencia T-191 de 2020. La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse. (...) Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje

claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2020. (...) 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). (...) El principio general de la carga de la prueba onus probandi, según el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, es un postulado que responde a fines constitucionalmente legítimos, a saber: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 95-7 Carta Política), contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo. Dicha carga ha sido además ajustada por el legislador, en términos de proporcionalidad y razonabilidad, previendo excepciones para los eventos de prueba superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, (i) por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), por (ii) la posesión de la prueba en una de las partes, (iii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iv) la previa y directa intervención en los hechos, (v) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes (vi) el acceso restringido a la información por reserva jurídicas, “entre otras circunstancias similares. (...) Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, imponerle 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 los afiliados. (...) 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. (...) En este orden de ideas, le asiste razón a la AFP PORVENIR S.A. en torno a las inconsistencias evidenciadas en la sentencia materia de apelación, y, por consiguiente, procede la Sala, en primera medida, a modificar el numeral cuarto, a efectos de precisar que la ineficacia declarada recae sobre el traslado de régimen efectuado por la demandante desde el RPMPD al RAIS, y en ese sentido, ordenar a COLPENSIONES que active la afiliación de esta al RPMPD.

MP. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

FECHA: 30/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-003-2022-00452-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	MODIFICA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 055

Medellín, treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 009 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 26 de febrero de 2024, proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **LEIDY VERÓNICA GONZÁLEZ LÓPEZ**, identificada con T.P. No. 196.444 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 **MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó del RPMPD

al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, disponiéndose su afiliación al primero a cargo de **COLPENSIONES**. **2)** En consecuencia, instó se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todas y cada una de las cotizaciones efectuadas por aquella al RAIS, junto con los rendimientos y gastos de administración. **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** a tener como válida su afiliación a este régimen pensional.

Como sustento de sus pedimentos manifestó, que nació el 22 de agosto de 1960, asegurando que dio inicio a su vida laboral en septiembre de 1982 fecha a partir de la cual se afilió al Régimen de Prima Media, hasta el año de 1998, calenda para la cual decidió trasladarse al Régimen de Ahorro Individual vinculándose a la AFP **PORVENIR S.A.**

Frente a su vinculación con esta última entidad expresa que, no obtuvo la suficiente información sobre cómo sería la liquidación final de su pensión al momento de obtener los requisitos para ello, no se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual frente a los que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; adujo que su traslado se realizó sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS, y que la obtención de esta solo obedece al capital ahorrado, considerando que el soporte de su afiliación se hizo a través de premisas que no se ajustaban a su realidad financiera.

Finalmente, señaló que el 08 de septiembre de 2022 elevó derecho de petición ante las entidades aquí demandadas, buscando que accedieran a admitir su regreso al RPMPD, solicitud frente a la que manifiesta, solo obtuvo respuesta negativa de COLPENSIONES, el 12 de los mismos mes y año (f.2 a 10).

CONTESTACIONES

La demandada **PORVENIR S.A.** propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE. (...)*” (f. 1 a 35 Archivo 07 ED).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES, INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, POR AUSENCIA DE UNO DE LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ, IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, DECRETO 720 DE 1994 - RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA*”

DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A, DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES DEBIDAMENTE DISCRIMINADOS, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)” (f. 4 a 30 Archivo 11 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN profirió Sentencia del 12 de febrero de 2024, con la cual dispuso:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que las AFP PORVENIR S.A faltó a su deber de diligencia debida y buen consejo al no dar información clara, veraz, amplia, oportuna y suficiente a la señora MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA al momento de realizar su traslado del RPM administrado por CAJANAL al RAIS.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP PORVENIR S.A causó menoscabo, es decir, disminución a la seguridad social en pensiones de la señora MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA cuando esta cumplió 57 años de edad y 1.300 semanas cotizadas.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad profesional y constitucional de AFP PORVENIR S.A en el menoscabo a la seguridad social en pensiones causado a MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD de la demandante cuando se trasladó de CAJANAL a la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, DECLARAR que la demandante sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

QUINTO: Absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. a que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite la demandante le reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el régimen de prima media con prestación definida, debiendo aportar la demandante constancia de su retiro laboral.

SÉPTIMO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a que dentro del mes siguiente a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante bajo el RPMPD, solicite por escrito a COLPENSIONES, para que elabore calculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional de la demandante y ORDENAR a

COLPENSIONES para que dentro de los dos meses posteriores a la solicitud por parte de AFP PORVENIR S.A elabore dicho cálculo actuarial y en ese mismo lapso lo presente por escrito a la AFP PORVENIR S.A lo pague dentro del mes siguiente a COLPENSIONES.

OCTAVO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional ordenado a COLPENSIONES, seguirá obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA.

NOVENO: Se autoriza a la AFP PROTECCION S.A recobrar a la AFP PORVENIR S.A el 1% del cálculo actuarial, ello de conformidad al porcentaje de semanas en que estuvo la demandante la demandante en PORVENIR S.A.

DÉCIMO: AUTORIZAR a la AFP PORVENIR S.A a ENJUGAR parte de la suma de dinero que deba pagar por cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, tomando para si los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bonos pensionales y cualquier otra suma que lleguen a ver en la cuenta de ahorro individual de aquella.

DÉCIMO PRIMERO: No prosperan las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A. Prospera la excepción propuesta por COLPENSIONES: de intransmisibilidad de responsabilidad de la AFP a dicha entidad.

DECIMO SEGUNDO: Costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A en favor de la demandante. Agencias en derecho en la suma de \$5.200.000,00. (...).”

Para arribar a esta decisión comenzó precisando que, en el presente litigio debía apartarse de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Lo anterior, expuso, por virtud de los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales establecen la obligación de diligencia debida y buen consejo en cabeza de entidades financieras, de informar de manera veraz y oportuna al usuario, a efectos de que este tome una decisión plenamente informado.

Luego, hizo alusión a los principios de eficacia de los derechos sociales (Art. 53 CN), favorabilidad y el acceso al mínimo vital, definido este como el necesario para la congrua subsistencia, el cual es de orden cualitativo.

Así mismo, exaltó el principio de responsabilidad, para mencionar que quien genera un daño debe repararlo, cuestión de la que aduce, no se escapan las AFP, en atención a la normatividad en cita, pues de no acatar sus obligaciones, pueden ser sancionadas al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, planteamiento desde el cual señaló, podía alejarse de la Jurisprudencia, en la medida en que, al no otorgarse por parte del fondo una asesoría clara y completa al afiliado, causando menoscabo en su eventual mesada pensional, procede la

ineficacia del traslado realizado, con la previsión de que la persona sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP del RAIS.

En este punto, consideró que la postura actual de la Jurisprudencia Laboral en estos casos, vulnera varios principios jurídicos constitucionales, como son, el de sostenibilidad financiera, relatividad de los actos y contratos, la prohibición de beneficiarse de su propia culpa, así como el de tener que reparar el daño causado, entre otros, lo que en su sentir, da lugar a ordenar la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD (Art. 272 Ley 100 de 1993), para dar paso a la declaratoria de que el afiliado continúa inmerso en este, pero tera, con cargo a la AFP del RAIS, determinación que aduce, también es tratada por la Corte Constitucional.

De igual modo, indicó que de hecho, en sentencias de la Sala de Casación Laboral se ha aplicado el principio jurídico de la responsabilidad, por ejemplo, en procesos de ineffecta que inmiscuyen pensionados, en los que la AFP debe responder por los perjuicios ocasionados a la persona, cuestión a la que se suma, por ejemplo, la posibilidad existente de imponer a los fondos privados el pago de pensiones, cuando omiten cumplir sus obligaciones (Decreto 656 de 1994).

Ahora, en lo referente a la premisa de exclusión de los regímenes pensionales, anotó que ese criterio no es absoluto cuando se trata de resolver derechos fundamentales, conforme lo señalado por la propia Carta Política, con miras a proteger los derechos de los trabajadores, de donde coligió que, son las entidades las que deben armonizar, articular y potencializar sus funciones, pues el mismo sistema normativo lo permite, toda vez que, al tratarse de entes financieros, cuentan con la posibilidad de permutar obligaciones, situación que en el ámbito estudiado es conocido como conmutación pensional, previo traslado de los recursos e información requerida para ello. Acude a lo anterior, porque en su criterio, la solución prohijada en la actualidad por la Corte Suprema de Justicia solo supone el traslado de una pequeña suma de dinero, insuficiente para cubrir la pensión.

A partir de todo lo dicho, retomó al análisis de la vinculación de la actora al RAIS, para decir que no hay prueba siquiera sumaria de que la AFP hubiere corroborado el cumplimiento de los requisitos mínimos para el traslado de aquella, mostrándole las diferencias pensionales, las consecuencias de trasladarse, análisis personales y específicos, cuestiones que no alcanzan a acreditarse con el formulario de afiliación aportado por el fondo privado; lo que enseña el grave perjuicio causado respecto a las posibilidades de mesada pensional, que se relaciona directamente con el mínimo vital y su congrua subsistencia.

De otro lado, consideró procedente absolver a **COLPENSIONES** de las pretensiones de la demanda, por tratarse de un tercero ajeno al negocio jurídico del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

El abogado de la parte **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia, para que en su lugar, se declare la ineffecta del traslado de régimen, disponiendo que las AFP del RAIS

devuelvan a **COLPENSIONES** todos los recursos recibidos con ocasión a la vinculación de la demandante, en aplicación de los lineamientos fijados por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, reglas que en su sentir, no pueden ser desconocidas por el Juez de primer grado.

A su turno, el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión solicitando su revocatoria, tras anotar que conforme el precedente jurisprudencial, la consecuencia de la ineficacia es hacer que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes, es decir, en este caso, la demandante conservaría su afiliación al RPMPD, y el fondo privado debe proceder con la devolución de los aportes que hubiere recibido durante la vigencia de la afiliación al RAIS.

En ese sentido, señaló que la condena impuesta a su representada, de reconocer la pensión en los términos fijados para el RPMPD, para proceder posteriormente con la subrogación a **COLPENSIONES**, no es un efecto propio de la ineficacia, máxime que la prestación materia de la condena ni siquiera fue solicitada en la demanda, coligiendo que el Juez alteró sustancialmente el principio de congruencia, sumado a que las condenas impuestas no tienen sustento en el ordenamiento.

Agregó, que la sentencia desconoce la naturaleza del RAIS y la normativa que lo regula, la que ha sido declarada executable, situación a la que adicionó la posible transgresión al principio de sostenibilidad financiera (Art. 48 CN), ya que en ambos regímenes pensionales, la prestación se liquida de modo diferente, sin que haya posibilidad de equiparar los cálculos.

Frente a las facultades *ultra y extrapetita* del juzgado inicial, explicó que por virtud de estas puede el Juez decidir a partir de hechos debidamente discutidos y probados a lo largo del proceso, arguyendo entonces que en el particular, el fallador excedió el límite de su competencia.

En cuanto a los perjuicios, aseveró que además de ser una carga probatoria de la parte accionante, el precedente de la Corte ha hecho referencia a estos en escenarios en los que la persona se encuentra pensionada, pero no respecto de quien tiene la condición de afiliado, pues de entender lo contrario, pasó por el alto el Funcionario que la indemnización puede resultar afectada por la prescripción, figura que deberá ser analizada de encontrarse procedente la postura del *A quo* (SL373-2021).

Por último, reprochó la imposición de la condena en costas, a efectos de que se ajuste a lo establecido en los artículos 365 y 366 CGP, así como el *Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016*, alegando igualmente que su representada ha obrado de buena fe.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó reparos a la sentencia, manifestando que no le asiste al Juez de Primer Grado razón para apartarse del precedente jurisprudencial emanado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que el tema a debatir debió centrarse en la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En segundo lugar, manifestó que no se demostró perjuicio alguno por la parte demandante, además de que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual fue válida y estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, veraz y oportuna.

De otro lado, señaló que la demandante contó durante un largo periodo con el derecho a trasladarse y no lo hizo, pues por el contrario, decidió permanecer en este régimen pensional, siendo clara la falta de cuidado en sus negocios.

Acto seguido, sostuvo que no había lugar a la devolución de los conceptos de gastos de administración, prima de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ya que estos dineros fueron destinados a los fines que manda la Legislación.

Finalmente adujo que debe aplicarse el concepto de restituciones mutuas, además de no condenarse a la indexación de ningún valor, y absolverse de la condena en costas.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal oportuno la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, aduciendo que esta Administradora Colombiana de Pensiones carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las pretensiones van dirigidas a la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por considerar que la AFP demandada incumplió con sus obligación de debida asesoría y buen consejo, aseverando que es el juez competente, el llamado a esclarecer la petición presentada por la demandante de manera precisa, concreta y de fondo en este proceso declarativo, pues esta administradora resulta un sujeto exógeno en los hechos constitutivos de la acción judicial, toda vez que no tuvo ninguna clase de participación o injerencia en el acto constitutivo del traslado de régimen pensional (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 **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora llamadas a juicio, verificando en este caso la procedencia de las órdenes impuestas en sede de primera instancia, relativas a la inaplicación por inconstitucionalidad de los efectos de la ineficacia de la afiliación, para imponer en cabeza de la AFP del RAIS las prestaciones propias del RPMPD, así como el posterior traslado de tales obligaciones a este último régimen, por la vía del pago de un cálculo actuarial.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos que se desglosan de las cotizaciones de la afiliada durante el periodo de su permanencia en los fondos privados.

Finalmente, se analizará si hay lugar a exonerar a **PORVENIR S.A.** del pago de las costas de primera instancia.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA** estuvo inicialmente afiliada a **CAJANAL**.
- (ii) Que el 23 de enero de 1998 la actora se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 51 Archivo 07 ED).
- (iii) Que el 08 de septiembre de 2022 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** accediera a su traslado de régimen pensional con destino al RPMPD, petición

a la que no accedió esta entidad en oficio del día 12 de los mismos mes y año (f. 36 a 41 Archivo 03 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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.

DEL DEBER DE INFORMACIÓN PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Dada la trascendencia en punto a las consecuencias jurídicas que conlleva el cambio de régimen pensional dentro del sistema propiamente dicho, es que se hace palmaria la necesidad de que al momento en que la persona opte por escoger el régimen al cual efectuar sus cotizaciones a seguridad social, se le hubiere provisto la debida asesoría, precisa, transparente sobre las repercusiones que dicha decisión le podría acarrear, siendo justamente la información asimétrica referente a la forma en que operan y conceden la prestación de vejez de los regímenes, la que permitirá la escogencia espontánea y consciente de los afiliados.

En ese sentido ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la importancia de la información para el traslado de régimen y las consecuencias de su omisión, así:

“(…) la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del artículo 271 [...] Es que el propio Estatuto de Seguridad Social, desde su origen, reconoce que, en el marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información, sobre todo con estas últimas Administradoras de Pensiones, y contempló para el efecto unas consecuencias en las que, fundamentalmente, da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, máxime la incidencia que, frente al

régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes, también para los empleadores.

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (...)”¹.

Al respecto, recalca el Alto Tribunal que el deber de información en lo que atañe a su contenido y alcance se encuentra en cabeza de las administradoras de pensiones, en la medida en que sobre estas es que recae la obligación de informar de manera idónea y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se derivan para el afiliado sobre su vinculación y posterior traslado entre un régimen y otro. En relación con este punto expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia el 22 de noviembre de 2011²:

“(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura. Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares. (...)”

El principio de “libertad de selección de régimen” también ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, haciendo énfasis en el acatamiento del deber de proporcionar información, el cual se configura como uno de los plurales deberes de las administradoras con respecto a sus afiliados, como lo señaló en sentencia T-191 de 2020, de la siguiente manera:

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 14 de noviembre de 2018, número de providencia: SL4964-2018.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicación: 33083.

“(...) 88. La libertad de elección presupone conocimiento de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección. Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse (...)”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 de la ley 100 ibídem, y el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009, indicando al respecto, que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado.

En ese sentido se observa, que 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):

“(...) Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. (...)”³

En consonancia con lo expuesto se extrae, que el acto de afiliación o traslado de regímenes de un usuario le acarrea grandes repercusiones para su futuro pensional, a saber, los términos en que se causará y disfrutará la prestación, los beneficios o inconvenientes que puedan desprenderse de las diferentes alternativas para acceder a su pensión en los dos

³ Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2020.

regímenes pensionales existentes, etc. Es por ello que el traslado de régimen adquiere una relevancia superior, al estar en juego un derecho constitucional como lo es el de la seguridad social, y especialmente el de la pensión.

En armonía con lo antelado se encuentra que el Decreto 663 de 1993⁴ aplicable a las administradoras de fondos de pensión, previó en el numeral 1° del artículo 97 la siguiente obligación a cargo de las referidas entidades:

“ARTICULO 97. INFORMACIÓN. 1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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 y poder tomar decisiones informadas”.

Por consiguiente, se puede observar que las sociedades administradoras de fondos pensionales han asumido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria a través de la entrega de información clara, suficiente y responsable que permitiera al aspirante a afiliado, elegir entre las diversas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

En tal sentido, el ofrecimiento de estos servicios, por estar relacionado con una garantía constitucional como el derecho a la seguridad social, debía estar precedida del respeto frente a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.⁵

La doble calidad de las AFP como sociedades de servicios financieros y entidades seguridad social, hace que les sea exigible con mayor rigor el cumplimiento de brindar información objetiva y transparente a los usuarios, de aquel que podría exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses de nuestra sociedad, como lo son la protección de los riesgos de la vejez, invalidez y/o muerte.⁶

La protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones tuvo un desarrollo más significativo con la expedición de la Ley 1328 de 2009⁷, el cual

⁴ "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración".

⁵ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación: 31989.

⁷ Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

puntualizó que, en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras, debía observarse de manera minuciosa el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, así:

“Artículo 3. Principios. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes: c) Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.

Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.”.

El Decreto 2555 de 2010⁸ que incorporó lo preceptuado por el Decreto 2241 del mismo año⁹, en su artículo 2.6.10.1.2 desarrolló los principios trazados por la Ley 1328 de 2009, preceptuando al respecto:

«Artículo 2.6.10.1.2 Principios. Los principios previstos en el artículo 3 de la ley 1328 de 2009 se aplican integralmente al Sistema General de Pensiones, teniendo adicionalmente en cuenta los aspectos particulares que se desarrollan en los siguientes numerales:

Debida Diligencia. *Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.*

En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas.

Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. *Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes*

⁸ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

del Sistema General de Pensiones.

Manejo adecuado de los conflictos de interés. *Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros. [...]».* (Subrayas de la Sala).

De las preceptivas antes relacionadas se desprende que el deber de asesoría y promoción en la prestación del servicio por parte de los fondos privados de pensiones, guarda estrecha relación con la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones, en orden a instar a aquellos por el respeto y cumplimiento de los principios y el contenido preciso de la información que deben ofrecer, la que debe tener el carácter de cierta, suficiente, clara y oportuna, de manera que les permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos y obligaciones que adquirirían en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones

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).

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

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

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

Lo anterior implicaba para 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).

DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DEBER DE INFORMACION.

El principio general de la carga de la prueba *onus probandi*, según el cual “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, es un postulado que responde a fines constitucionalmente legítimos, a saber: ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 95-7 Carta Política), contribuir al esclarecimiento de la verdad en el marco de un proceso judicial, asegurar la prevalencia del derecho sustancial y velar por la vigencia de un orden justo.

Dicha carga ha sido además ajustada por el legislador, en términos de proporcionalidad y razonabilidad, previendo excepciones para los eventos de prueba superflua (hechos notorios), o cuando una persona enfrenta serias dificultades para demostrar un hecho, (i) por razones lógicas (afirmaciones y negaciones indefinidas), por (ii) la posesión de la prueba en una de las partes, (iii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iv) la previa y directa intervención en los hechos, (v) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes (vi) el acceso restringido a la información por reserva jurídicas, “*entre otras circunstancias similares*”.

En lo que respecta a la configuración de la carga dinámica de la prueba, se funda esta en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “*quien alega debe probar*” cede su lugar al principio “*quien puede debe probar*”. Es en consecuencia su ejercicio por parte del juez, la manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

El juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y la realización cierta de los derechos de los ciudadanos tiene a la luz de nuestra Carta Política un papel activo, exigiéndose de él un alto grado de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, en orden a asegurar los derechos fundamentales, entre estos, la tutela judicial efectiva, la prevalencia del derecho sustancial y la consecución de un orden justo.

Se destaca así la necesidad de que el juez ejerza una función activa en la dirección del proceso, tanto en el decreto oficioso de pruebas, como en la redistribución de las cargas probatorias entre los sujetos procesales, lo que ha sido reconocido por el Alto Tribunal Constitucional, por ejemplo cuando señaló que una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, “*la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo*

otorga”¹⁰.

En la misma senda ha sostenido la Guardiania de la Carta, que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es menester distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, lo que acontece en el ámbito laboral¹¹.

Bajo las anteriores premisas, se resalta que la teoría de la carga dinámica de la prueba es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su papel activo en la búsqueda y realización de un orden justo; además de hallarse en consonancia con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, y con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

En ese sentido, en cuanto a la carga probatoria relativa a la eficacia del traslado, se resalta que cuando el afiliado aduce no haber recibido el debido asesoramiento previo el traslado de régimen, esto comporta un supuesto negativo, que materialmente no es posible demostrarlo por la parte que lo invoca.

En tal situación, no solo es legal, sino constitucionalmente admisible, a la vez que imprescindible, que la carga probatoria recaiga en la contraparte, la que deberá demostrar que suministró la asesoría en forma correcta, siendo esta la que se encuentra en posición de hacerlo, pues se constituía en un deber a su cargo al momento del traslado de régimen, por lo que es precisamente a estas a quienes les corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del cambio.

La inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado guarda así relación con la regla de justicia de la carga dinámica de la prueba, como manera de contrarrestar el desatino de exigir a quien está en una posición probatoria desmejorada o de desventaja, asumir el *onus probandi* del esclarecimiento de hechos que el otro extremo está en mejor condición de ilustrar. Los motivos que conllevan a sostener tal premisa han sido ampliamente expuestos por la Corte Suprema de Justicia, verbigracia en sentencia CSJ SL1688 de 2019 en la que señaló:

“ En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-835 de 2000.

¹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-638 de 1996 y T-772 de 2003, entre otras.

aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”¹².

Así pues, son las particularidades de este tipo de casos, aunados a los deberes profesionales de las entidades encargadas de la administración del régimen, las que justifican la aplicación de una regla que les exige la demostración de que actuaron con la diligencia exigida desde el momento de la afiliación del usuario, sin que se encuentre justificación en el hecho de que se aduzca no contar con pruebas escritas sobre tales circunstancias, pues no se ha precisado que sea solo ese tipo de prueba, la documental, la que se aporte para comprobar el cumplimiento de su carga obligacional, puesto que rige al respecto el principio de libertad probatoria; lo que si no puede admitirse, es que se escude en la falta de prueba para salir adelante con su excepción, puesto que se insiste, el deber positivo de ofrecer la debida asesoría para propiciar el cambio de régimen se imponía a su cargo, y en esa senda, la carga de demostrarlo radica en su cabeza.

La información cierta, en voces de la Corte Suprema de Justicia¹³ *“es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo”.*

Es la prueba acerca de ese tipo de información que se ofreció al afiliado al momento de su vinculación al régimen la que se debe demostrar por cualquiera de los medios admisibles en nuestro sistema procesal, lo que precisamente brilla por su ausencia en el asunto de autos, pues ningún esfuerzo probatorio se avizoró de la parte interesada en demostrar que si acató debidamente sus obligaciones al momento de afiliarse al demandante a ese régimen, lo que trae de suyo la consecuencia procesal que habilita nuestro derecho adjetivo, este es, que no salgan adelante las excepciones que en tal sentido propone.

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

¹² 35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 8 de mayo de 2019, número de providencia: SL1688.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 3 de abril de 2019, radicación: 68852

“*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).

Por consiguiente, 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.

En ese sentido ha prevenido el Alto Tribunal 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 suarios 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.

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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a las AFP **PORVENIR S.A.** (f. 51 Archivo 07 ED), realmente 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, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte practicado a la demandante (Min. 32:00 a 39:32 Archivo 27 ED), en el cual no se observan

afirmaciones que la perjudiquen.

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, imponerle 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 los afiliados.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella se afilió a la AFP, 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, 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 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.

De otro lado, en lo atinente a la actitud de la afiliada, para responder a lo señalado por **PORVENIR S.A.**, es válido traer a colación que en Sentencia SL2908-2022, el Alto Tribunal reiteró que incluso la desidia de la parte a informarse sobre los regímenes pensionales, o sus condiciones personales y profesionales no convalidan el acto de traslado desinformado, argumentando que: “(...) *Allende a que, como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos (...)*”. (Subraya de la Sala).

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 2° de la Ley 797 de 2003.

En ese sentido, 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 la misma línea, como 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 especialmente en el RPMPD, ello implica 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.

Sin embargo, lo anterior dista de las órdenes precisadas por el fallador de primera instancia, que consideró viable imponer a las AFP del RAIS el pago a título de perjuicio de la prestación pensional propia del RPMPD, mientras aquella cumple con el pago de un cálculo actuarial por dicha pensión a favor de **COLPENSIONES**, solución que, no se atiene a la postura jurisprudencial del órgano de cierre, que de tiempo atrás viene siendo pacífica, reiterada por ejemplo en la Sentencia SL2613-2022 en la que resolvió:

*“(…) En el presente asunto, el a quo declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS; en lo que hace a las consecuencias de la precedente declaración, la Sala precisa que se concretan a **que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes del acto ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten**, tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, lo que en la práctica significa que el traslado nunca ocurrió.*

(…)

En efecto, de cara a los efectos jurídicos que conlleva la ineficacia del acto, la Corte ha precisado que:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el

acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021) (...)

Desde esa órbita, devienen improcedentes el grueso de las disposiciones adoptadas en la parte resolutive de tal decisión, en tanto supone la declaratoria de un perjuicio económico, del que señala como responsable a la AFP, y al mismo tiempo impone, puntualmente a **PORVENIR S.A.**, a pesar de tener como ineficaz su traslado al RAIS, a pagar, de ser el caso, la pensión de vejez en los términos que le hubiere sido otorgada al actor en el RPMPD, continuando con la imposición de unas gestiones actuariales y económicas a efectos de lograr la subrogación posterior del pago de la prestación en cabeza de **COLPENSIONES**, y luego finaliza autorizando a la AFP del RAIS, a descontar de ese cálculo actuarial a trasladar al RPMPD “*los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de esta*”, disminuyendo en ese monto el valor de los recursos que deben remitirse al fondo común.

En otras palabras, no ordena el *a-quo* que se haga la devolución a COLPENSIONES de los aportes que el accionante efectuó en el RAIS, junto con sus rendimientos, que es lo que regularmente se impone; pero sí autoriza al fondo privado para que del cálculo actuarial que le ordena pagar a COLPENSIONES, descuente aquellos aportes; es decir, que grava el cálculo actuarial que ordena pagar por el fondo privado a COLPENSIONES, con unos aportes que se dejaron en ese mismo fondo privado, afectando incluso los recursos que por vía de un cálculo actuarial debería percibir COLPENSIONES, cuando se le impone asumir una prestación por una persona que no acreditó vinculación a esa entidad, situación que se torna incomprensible, ante la finalidad de protección del fondo común que se pregona.

Con tales disposiciones además, se dejan de lado las particularidades del sistema general de pensiones y sus distintos regímenes, así como el funcionamiento de estos, siendo incluso el resolutive confuso al procurar el acceso a una determinada pensión, pagadera por una entidad respecto de la cual se concluyó que se entiende ineficaz la afiliación, sin embargo, tampoco retrotrae las situaciones al estado inicial, sino que deja en el RAIS los aportes y demás emolumentos, a cambio de un título pensional que procede ante empleadores omisos en la afiliación al sistema de seguridad social, pero además le autoriza descontar esos

aportes que se quedan en el fondo privado, al aludido cálculo actuarial, todo lo cual lleva a la ineludible modificación y revocatoria de varias cuestiones de la decisión inicial; el perjuicio que advierte fue ocasionado a la accionante por la administradora del RAIS, se deja cargado al monto del cálculo actuarial que debe otorgarse a **COLPENSIONES**, pues autoriza descuentos por parte de la AFP, con lo que hace recaer en el fondo común las consecuencias de la omisión de la AFP del RAIS.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en Sentencia SL1019-2022 los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

“(…) i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones. (…)”.

La anterior conclusión conlleva, como se dijo, el efecto natural y obvio, propio de la ineficacia del *acto de selección de régimen pensional*, por omisión en el deber de información, que apunta a desconocer el traslado así realizado, retrotrayendo la situación al momento anterior a dicho acto, lo que de este modo conduce a la revocatoria de varios aspectos de la sentencia de primera instancia, entre estos, la concesión del derecho pensional en favor de la demandante en la forma *sui generis* dispuesta por el *A quo*, por encontrarse en disonancia con lo que ha delineado la reiterada y pacífica jurisprudencia del Alto Tribunal en esta clase de procesos, e inusitado de cara a las particularidades que definen cada uno de los regímenes del sistema general de pensiones, en cuanto a la forma como se construyen y definen las prestaciones en uno y otro.

Valga aclarar que la demandante no estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, pues de hecho, se observa que su vinculación se registraba ante CAJANAL (f. 26 a 28 Archivo 02 ED), en su calidad de servidora pública de la Fiscalía General de la Nación-Seccional Antioquia, razón por la cual, al restituirse el *statu quo*, gracias al efecto de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media con prestación definida, a saber, **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011,

términos en los que justamente lo ha concluido la Jurisprudencia, *verbigracia*, en Sentencias SL2932-2022 y SL3891-2022.

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.**, fondo pensional en el que se encuentra vinculada 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 al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento esbozado por el apoderado de esa 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022)

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **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 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 contratados 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 la afiliada, 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, 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 este orden de ideas, le asiste razón a la AFP **PORVENIR S.A.** en torno a las inconsistencias evidenciadas en la sentencia materia de apelación, y, por consiguiente, procede la Sala, en primera medida, a modificar el numeral cuarto, a efectos de precisar que la ineficacia declarada recae sobre el traslado de régimen efectuado por la demandante desde el RPMPD al RAIS, y en ese sentido, ordenar a **COLPENSIONES** que active la afiliación de esta al RPMPD.

Así mismo, se revocarán los numerales segundo, tercero, y quinto a décimo, para en su lugar, disponer que **PROTECCIÓN S.A.** traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales. Y con cargo a sus propios recursos, lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas.

De igual manera, se ordenará a **PORVENIR S.A.** que traslade con destino a **COLPENSIONES** los valores concernientes a gastos de administración, seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, valores que deberán ser recibidos por la administradora

del RPMPD.

De otra parte, 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 considera procedente adicionar la decisión para ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de las AFP, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo normado en el artículo 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016¹⁴. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

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 (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).

¹⁴ **Decreto 1833 de 2016. ARTÍCULO 2.2.2.4.8. Traslado de información.** En todos los casos previstos en el presente capítulo, junto con el traslado de los recursos, las entidades involucradas deberán entregar la historia laboral de los afiliados por medio magnético o electrónico que incluya como mínimo los siguientes datos:

- 1.1. Administradora de pensiones ante la cual se realizaron los aportes.
- 1.2. Nombres y apellidos completos del afiliado.
- 1.3. Tipo y número del documento de identificación del afiliado.
- 1.4. Fecha de nacimiento.
- 1.5. Sexo del afiliado.

Y por cada período cotizado la siguiente información:

- 2.1. Ingreso base de cotización.
- 2.2. Monto de la cotización obligatoria.
- 2.3. Períodos a los que corresponden las cotizaciones.
- 2.4. Nombre del empleador.
- 2.5. NIT de cada empleador.
- 2.6. Días cotizados.
- 2.7. Fecha de pago de las cotizaciones.
- 2.8. Para los afiliados que tengan cotizaciones anteriores al 1 de abril de 1994, la historia laboral o certificaciones del tiempo laborado en entidades públicas que reposen en la Administradora.
- 2.9. Y la demás información que se tenga del afiliado.

Las administradoras del sistema general de pensiones acordarán la estructura y cargue de archivos con los que se deberá entregar la información de historia laboral de los afiliados.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de Colombia de precisar otros aspectos referentes a la materia.

(Decreto 3995 de 2008, art. 8)

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo reclamado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes, además que la situación por la que el demandante se vio compelido a asumir el impulso de esta litis tuvo su origen en el actuar omisivo de las administradoras del RAIS.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se modificará y revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad de los recursos.

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: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia dictada el 26 de febrero de 2024 proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el cual quedará así:

*“(…) CUARTO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante **MARLY ISABEL ÁLVAREZ ARRIETA** desde **CAJANAL** a **PORVENIR S.A.**, considerándose así que esta continuó afiliada al **RPMPD** en **COLPENSIONES** (…)”*.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO a DÉCIMO** de la sentencia recurrida, para disponer en su lugar:

- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales.
Y con cargo a sus propios recursos, trasladará a **COLPENSIONES** lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha entidad, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas.
- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** lo recibido por comisiones y gastos de administración, seguros previsionales y destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que

estuvo afiliada la demandante a dicha entidad, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo normado en el artículo 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba de **PORVENIR S.A.** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra, para que eventualmente financie la prestación económica a que este tenga derecho; y que refleje en la historia laboral de la demandante con los ingresos base de cotización correspondiente, el periodo que permaneció vinculada al RAIS.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

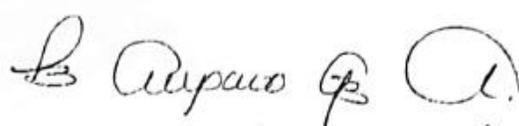
CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL