

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-013-2019-00610-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.241

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

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 QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°057 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 615 del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, y, en consecuencia, se autorice su traslado al primero sin solución de continuidad. **2)** Que, consecuencialmente, se condene a las AFP a ajustar y trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos causados y el bono pensional al que tiene derecho, de acuerdo con los cálculos legales. **3)** En subsidio de lo anterior, peticionó que, de no accederse a la ineficacia, se condene a las demandadas a reparar el daño causado.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 18 de abril de 1970, afiliándose en materia de pensiones al ISS, entidad a la que cotizó entre 1992 y 1995. Que en este último año el

personal de HORIZONTE hizo una visita masiva a su sitio de trabajo, que, en principio, tenía como objetivo brindar asesoría y no para trasladarlos de régimen, situación en la que terminó firmando documentos con desconocimiento total de su contenido, pues en ningún momento le dieron información sobre la decisión del traslado.

Que en el mes de julio de 1996 la AFP **SKANDIA S.A.** realizó la misma gestión y la demandante nuevamente firmó documentos, lo que ocurriría también en el año 2002 con **PROTECCIÓN S.A.** quien pese a ofrecer sus servicios, no le brindó la doble asesoría, y mucho menos le manifestó las condiciones para pensionarse en este fondo, como tampoco las exigencias en el fondo público. De hecho, señaló que esta última le dijo que podía pensionarse antes de la edad requerida, que sus herederos podrían recibir el capital, pero omitió mencionarle un aproximado de su mesada, al igual que lo relativo a su bono pensional, y que de no reunir el monto mínimo no tendría derecho a la pensión.

Que el 22 de febrero de 2019 presentó petición ante **PROTECCIÓN S.A.** solicitó la nulidad de traslado, solicitud negada por la citada entidad. Así mismo, informó que peticionó la afiliación al RPMPD, negada por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (f. 1 a 11 Archivo 01 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que fue la demandante quien, por voluntad propia, y sin causales de nulidad por alegar, decidió trasladarse de fondo de pensión en diversas ocasiones. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *“IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE AL INEFICACIA DEL TRASLADO; BUENA FE DE COLPENSIONES e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)”* (f. 128 a 135 Archivo 01 ED).

Por su parte, **SKANDIA S.A.** planteó su defensa manifestando que no hay razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora. En virtud de ello, propuso las excepciones de: *“(...) PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN (...)”* (f. 3 a 21 Archivo 08 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** planteó su defensa desde el argumento relativo a que su actuar siempre está precedido de la buena fe y legalidad, por lo que todas las personas se han afiliado a esta de forma libre y voluntaria, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, propuso las excepciones de: *“(...) INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE Y TRASLADOS ENTRE AFP'S COMO ACTOS DE RELACIONAMIENTO EN TÉRMINOS DE LA SENTENCIA SL4934- 2020 (...)”* (f. 3 a 27 Archivo 09 ED).

Por último, **PORVENIR S.A.** expuso que no es posible declarar la ineficacia de traslado solicitada, en tanto la decisión de la demandante fue adoptada de manera consciente y espontánea, sin apremios de ninguna naturaleza. En consecuencia, formuló las excepciones de: *“(...) PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO*

**NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN (...)**” (f. 4 a 22 Archivo 10 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 615 del 26 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS administrado por **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** En consecuencia, condenó a las demandadas a lo siguiente:

*“(…) **SEGUNDO:** CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/03/2002 exclusivamente por la afiliación de la señora GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales. En concordancia, se ordena además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.*

***TERCERO:** CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/10/1995 hasta el 31/08/1996 exclusivamente por la afiliación de la señora GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA. En concordancia, se ordena además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.*

***CUARTO:** CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/09/1996 hasta el 28/02/2002 exclusivamente por la afiliación de la señora GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA. En concordancia, se ordena además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero. (...)*”

Así mismo, le impuso a **COLPENSIONES** activar la afiliación de la actora al RPMPD. Gravó con costas a **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria de la sentencia tras considerar que la entidad cumplió con el deber de información establecido para la época del traslado de régimen de la demandante, posición contraria a lo argüido en la sentencia, en la cual se tomaron requisitos no vigentes en ese momento, y que surgieron con posterioridad. Recalcó que al momento de rendir interrogatorio, la demandante fue contradictoria y evasiva al enunciar las circunstancias de tiempo, modo y lugar a efectos de establecer que las AFP fallaron en su deber de información, ya que en el acto de traslado bastaba con la información brindada en las reuniones y la suscripción del formulario, confesada por la propia accionante, por lo cual aseguró que la afiliación goza de validez, en tanto cumple con las exigencias legales y no pesa ninguna clase de vicio sobre este. Expuso que, de confirmarse la decisión, se absuelva a la entidad de tener que devolver los gastos de administración y demás emolumentos descontados por el tiempo de afiliación de la demandante, como quiera que su representada cumplió con su obligación y deber de generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada,

además de haber contratado terceros de buena fe con la finalidad de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, circunstancia no susceptible de ser retrotraída, siendo condenada a devolver esas sumas con cargo a su propio patrimonio, al no llamarse a las aseguradoras.

La demandada **SKANDIA S.A.** también quedó inconforme con lo decidido, aludiendo que las AFP cumplieron con los requisitos establecidos legalmente frente a la información para la época de la afiliación de la demandante, donde existía un contexto normativo distinto en comparación al actual, tiempo en el que no estaba al alcance tampoco la línea jurisprudencial desarrollada al respecto, haciendo énfasis en que las AFP dejaron como soporte documental el formulario de afiliación que cumple con las exigencias del ordenamiento. Preciso que la demandante desplegó actos de relacionamiento que dan cuenta de un claro conocimiento de las características, riesgos y beneficios del RAIS por parte de la actora, realizando traslados horizontales, al paso que manifestó durante el proceso tener una inconformidad, que era frente al tema de la mesada pensional, aspecto que no constituye una causal para declarar la ineficacia del traslado, pues aquella aceptó haber recibido constante información, extractos y su historia laboral, manteniéndola informada a través de los canales de información.

De otro lado, afirmó que de confirmarse la decisión, no sea condenado este ente al traslado de las cuotas de administración establecidas en la Ley, como quiera que los seguros previsionales fueron pagados a una aseguradora que brindó cobertura por los riesgos de invalidez y sobrevivencia, aunado a que son evidenciables los buenos rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que de tener que trasladarse, constituiría una doble condena, dado que estas sumas fueron trasladadas a **PROTECCIÓN S.A.**

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación, puntualmente, respecto de la orden tendiente a devolver los gastos de administración y seguro previsional, como quiera que este descuento, además de tener apoyo en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, opera para ambos regímenes, y se destina precisamente a la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual y a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que dicha orden es excesiva; que si las cosas vuelven al estado en que se encontraban, como la rentabilidad en los fondos privados es superior a la derivada de los aportes en el RPMPD, se debería disponer un cálculo para verificar la rentabilidad de haber continuado afiliado en la citada entidad, a fin de verificar si exceden los producidos en el RAIS, y si la AFP puede conservar el excedente, dado que en asuntos de afiliación y posterior ineficacia se asume que debe trasladar tales sumas con cargo a su propio patrimonio, pese a que tales valores no se demostraron durante el proceso; lo anterior sostiene, con una correcta interpretación del artículo 1746 código civil, según el cual se concluiría que las restituciones mutuas derivadas de la nulidad relativa se aplican a este tipo de procesos. Finalizó su intervención diciendo que, además de lo anterior, los recursos en comento no están destinados a financiar la prestación por vejez.

Finalmente, **COLPENSIONES** expuso su disenso parcial con la sentencia diciendo que las AFP **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** deben trasladar debidamente indexados a aquella, los recursos destinados al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima, en tanto la estabilidad financiera del sistema no puede verse afectada por un acto carente de eficacia, caso en el cual las cotizaciones que debieron ser realizadas al RPMPD no deben sufrir mermas. Que con la propia declaratoria de ineficacia se genera una afectación a la estabilidad del sistema, mismo que se erige como una garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos, por cuanto altera la planeación y asignación de los recursos del sistema, citando como refuerzo de sus argumentos apartes de la Sentencia SL1688-2019.

El presente asunto se estudiará igualmente 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 otorgado la apoderada de **COLPENSIONES** presentó alegatos insistiendo en la adición de la sentencia de primera instancia, en cuanto a la orden a **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.** en lo relativo a devolver los rubros a su cargo debidamente indexados, conforme sentencias SL1688-2019 y SL5686-2021 (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, la mandataria de **PORVENIR S.A.** alegó que no hay razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado deprecado, en la medida en que la entidad cumplió con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, dado que le entregó a la parte la información relacionada con el RAIS, sin que exigiera la acreditación documental de información, dado que esta exigencia surgió con la Circular No. 016 de la Superintendencia Financiera, añadiendo que obligaciones de doble asesoría o del buen consejo surgieron entre 2010 y 2014, conforme lo señaló la jurisprudencia en sentencias SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3464-2019. Agregó que no se puede beneficiar la demandante de su propia culpa, pues no hizo preguntas o indagaciones al momento de la suscripción del formulario.

De otro lado, expuso que, de considerarse la confirmación de la decisión, debe revocarse lo atinente a la devolución de lo descontado por gastos de administración, deducidas por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con los cuales se cumplió su cometido, esto es, la generación de rendimientos y cubrimientos de riesgos de invalidez y muerte, cuestiones que no pueden retrotraerse. Por último, repitió su postura en cuanto a las restituciones mutuas, y la afectación a la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional (Archivo 05 ED Tribunal).

Por otra parte, la mandataria de **SKANDIA S.A.** alegó reiterando que, siempre ha actuado de buena fe, y que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, según quedó plasmado en el formulario de afiliación, cuya forma cumple con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, añadiendo que la información entregada a la demandante fue verbal y personalizada, con el acatamiento de los parámetros legales requeridos para la validez del acto de la afiliación, sin que sea plausible que el Juzgado concluya que no hay documentos que logren probar esta circunstancia, imponiendo la obligación de allegar otra clase de documentos. Así mismo, elevó idénticos argumentos en cuanto a la devolución de lo descontado por gastos de administración, ante los efectos de la ineficacia del traslado y las restituciones mutuas (Archivo 06 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 a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

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

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

## CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **GLADIS AMPARO JARAMILLO OSPINA** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1992 a 1995 (f. 16 a 19 Archivo 01 ED).
- (ii) Que el 27 de septiembre de 1995 la actora se trasladó del RPMPD hacia el RAIS administrado por la AFP **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (f. 29 Archivo 10 ED).
- (iii) Que, durante su permanencia en el RAIS, el 15 de julio de 1996 la señora **OCHOA JARAMILLO** decidió trasladarse a **SKANDIA S.A.**, y, posteriormente, el 15 de enero de 2002 se pasó a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 22 Archivo 08 ED y 55 a 78 y 81 Archivo 09 ED).
- (iv) Que 22 de febrero de 2019 el demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, trámite negado por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 34 a 36 Archivo 01 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 facultadas, entre otras cosas, para 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. 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 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 creación, 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. No se trataba simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; 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 de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, 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; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón 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 estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores 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.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** (f. 29 Archivo 10 ED, f. 22 Archivo 08 ED y 81 Archivo 09 ED), no logra extractarse nada en relación con la información brindada sobre las consecuencias que le acarreaba 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.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, 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, como lo insinúa **PORVENIR S.A.** por pasajes de sus alegatos, pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada 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, en su condición de gestores profesionales del sistema financiero para el tema 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.

Aúnese 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 cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo ni 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. En igual sentido, al reexaminarse el interrogatorio de la demandante (Min. 16:20 a 47:26 Archivo 23 ED), no puede colegirse la confesión de algún aspecto que la perjudique, como lo manda el artículo 191 CGP, pues simplemente en esta diligencia la actora se redujo a mencionar que no recordaba circunstancias relacionadas con la información recibida al momento del traslado de régimen, y mucho menos en sus traslados horizontales.

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

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, **el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

A tono con lo anterior, en cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento esbozada por la apoderada de **SKANDIA S.A.**, es menester recordar que dicha postura fue recogida y



corregida de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, que reiteró de manera categórica en la Sentencia SL2565-2022:

*“(…) Y, en la sentencia CSJ SL1561-2022, en punto de los actos de relacionamiento, precisó que, aunque en las providencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021, CSJ SL2753-2021, se aludió a ese término para convalidar la migración de régimen que carece de la información debida, por inferirse que los traslados horizontales permitía colegir «cierto nivel de conocimiento sobre los efectos que dicha decisión comporta», tal postura debía ser recogida y corregida, puesto que*

*[...] la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento [...] el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, [por tanto], al estar afectado el acto jurídico inicial, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia consiste en que, trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).*

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 que las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron vanas, 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, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** entidad en la que se materializó el traslado de régimen del demandante, 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, pues 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 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 existen razones jurídicas para que **PROTECCIÓN S.A.**, ente al que se encuentra afiliada en la actualidad, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del SGSSP de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, de ahí que deba recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

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., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

En 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, 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.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por las AFP demandadas, pues pese a lo señalado por las AFP apelantes, 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; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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.

En este orden de ideas, le asiste razón a **COLPENSIONES** en relación con la complementación de la orden impuesta en primera instancia, en atención a que los fondos privados está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609-2021, por lo que habrá de adicionarse los numerales segundo a cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de:

- Ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que los valores a trasladar por concepto de gastos de administración, así como los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, deberán ser devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.
- Ordenar a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** a que, dentro de las sumas a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo correspondiente a lo descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de adicionarse la sentencia de apelada en los términos descritos, confirmándose en lo demás la decisión. Las costas en esta instancia a cargo de **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMMLV a cargo de cada una de ellas.

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales **SEGUNDO** a **CUARTO** de la Sentencia No. 615 del 26 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Medellín en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que los valores a trasladar por concepto de gastos de administración, así como los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, deberán ser devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.
- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** a que, dentro de las sumas a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo correspondiente a lo descontado con destino

al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de estas, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

**TERCERO:** Las **COSTAS** están a cargo de **SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA  
Magistrada

  
VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO  
Magistrado

  
SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE  
Magistrada