

TEMA: PRINCIPIO DE LIBERTAD DE SELECCIÓN DE RÉGIMEN - 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. / **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. /

HECHOS: El señor (NPG) pretende que se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, que como consecuencia se condene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos; así mismo se ordene a COLPENSIONES, aceptar el traslado al RPMPD, recibir los dineros que se ordene reintegrar y reactivar su afiliación a esta administradora. El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, concedió 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 o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos.

TESIS: 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. (...) 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. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia el 22 de noviembre de 2011. (...) 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: 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 (...). Se observa así que, según lo dispone el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, lo que, de no permitirse con la libertad y autonomía requeridas, ya sea por el empleador o cualquier otro actor, da lugar a incurrir en sanciones. (...) «Artículo 2.6.10.1.2. 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.. (...) Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas documentales allegadas al expediente, se cuenta con el formulario de afiliación del demandante a PORVENIR S.A., documento del que nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía al afiliado 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 aquel tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna. (...) En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad-portas de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional. Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A. entidad con la que se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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, de acuerdo con todo lo considerado hasta aquí, y en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de COLPENSIONES, debe complementarse la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, en su valor real, por lo que se adicionará el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar a PORVENIR S.A. que también devuelvan lo descontado por concepto de primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021. (...) En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan.

MP. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

FECHA: 30//08/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	NORTON PÉREZ GUTIÉRREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-022-2019-00630-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 151

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N° 022 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a decidir el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las apoderadas de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última entidad, respecto de la Sentencia N° 061 del 30 de abril de 2024, proferida por el **JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

ANTECEDENTES

El señor **NORTON PÉREZ GUTIÉRREZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1) Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS. 2) Que consecuentemente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos 3) Así mismo, solicitó ordenar a COLPENSIONES, aceptar el traslado al RPMPD, recibir los dineros que se orden reintegrar y reactivar su afiliación a esta administradora.**

Como sustento de sus pretensiones manifestó el demandante que nació el 10 de junio de 1963, afirmando que realizó inicialmente aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**.

Informa que para el mes de diciembre de 1999 diligenció formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.**, realizando para dicha calenda el traslado de régimen pensional, vinculación que manifiesta obedeció a una asesoría irregular, incompleta, parcial y sesgada, explicando que la entidad privada solo le manifestó que el RPMPD iba a desaparecer, indicándole que la mesada a percibir sería superior en el RAIS y que podría pensionarse de manera anticipada, sin explicar cómo se liquidaría la prestación, ni le informó sobre las ventajas y desventajas de la

decisión, no le hicieron proyecciones comparativas y mucho menos ahondaron en los beneficios, perjuicios e inconvenientes que eventualmente pudiera tener en este régimen (f. 1 a 10 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

COLPENSIONES después de oponerse a las pretensiones, solicitó que se declaren probados los exceptivos de: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA, PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA (...)*” (f. 1 a 11 Archivo 17 ED).

A su vez, **PORVENIR S.A.** propuso los siguientes medios exceptivos: “(...) *PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 2 a 22 Archivo 19 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia N° 061 del 30 de abril de 2024, decidió:

“(...) PRIMERO: Se DECLARA la ineficacia del traslado de la parte actora NORTON PÉREZ GUTIÉRREZ, de CC 71632961 que hizo en octubre 8 del año 1999 desde el RSPMPD al RAIS a la AFP PORVENIR y de la continuidad en ese régimen y AFP hasta la actualidad. Y se dispone que la parte actora ha estado vinculada siempre, sin solución de continuidad en el régimen solidario de prima media con prestación definida y se CONDENA a COLPENSIONES como actual administradora de ese régimen pensional a tener a la parte demandante como su afiliada y a consolidar en la historia pensional de ella todo el tiempo cotizado o servido al SGP sólo en RSPMPD.

SEGUNDO: Se CONDENA a la codemandada PORVENIR como actual administradora de los recursos pensionales de la parte actora a trasladar a la ejecutoria de este fallo, al RSPMPD administrado por COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la parte actora que incluyan aportes y rendimientos. Y también se CONDENA a PORVENIR a devolver, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de sus propios peculios y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibieron de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; y se CONDENA a COLPENSIONES a recibir y/o a cobrar esos dineros. Estas obligaciones de PORVENIR incluyen las de reportar a COLPENSIONES detalladamente todos los datos de la historia pensional de la parte actora.

TERCERO: Se DECLARAN como no probadas las excepciones de fondo de las codemandadas.

CUARTO: Se CONDENA a PORVENIR en costas en favor de la demandante, y como agencias en derecho, se fija el valor equivalente a 2 SMMLV para el momento de liquidación de las costas. Si costas ni a cargo ni en favor de COLPENSIONES (...)”.

Para arribar a esta conclusión, el Juzgador de instancia, señaló en un primer momento que el requisito de procedibilidad en este caso se encontraba agotado como quiera que el actor reclamó administrativamente en marzo de 2019 el retorno al régimen de prima media y obtuvo respuesta negativa ese mismo día por **COLPENSIONES**.

Luego hizo mención al artículo 48 de la Constitución Política, prerrogativa que garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la Seguridad Social prestado por el Estado, permitiendo la participación de particulares en su administración.

De igual manera señaló que, la Ley 100 del 1993 creó el sistema de Seguridad Social integral y en el artículo 1 estableció como su objeto, el de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, transformando el anterior sistema pensional, con el interés de reforzar la protección social y que se constituyera como un servicio público, creando el sistema general de pensiones con dos regímenes pensionales, excluyentes y coexistentes entre sí; ley que afirma, otorga la posibilidad de los afiliados al sistema general de pensiones, de escoger el régimen pensional preferido por el afiliado, de manera libre y voluntaria, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación.

En hilo con lo antelado, indicó que el artículo 271 de la mencionada Ley 100 de 1993 determina que nadie podrá impedir, ni atentar de cualquier forma contra el derecho de las personas a la libre afiliación y selección de regímenes y de instituciones, ya que, si así ocurre, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Luego, afirmó que en el artículo 23 de la Ley 795 del año 2003, se estableció a las entidades vigiladas por la actual Superintendencia Financiera de Colombia, como lo son, entre otras, las administradoras de fondos de pensiones, el deber para con los usuarios de suministrar la información necesaria para que tengan elementos de juicio claros y objetivos para tomar decisiones informadas al momento de escoger las opciones del mercado, refiriendo que posterior a esta norma, se expidió la Ley 1328 del año 2009 y el Decreto 2241 del año 2010, normas que impusieron el deber de un segundo requerimiento normativo, dejando claro que las administradoras son responsables ante los afiliados en sus intereses por cualquier infracción, error u omisión en el desarrollo de su actividad administradora, debiendo suministrar una información suficiente, amplia y oportuna según los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

En este punto recalcó que, para que haya libertad, espontaneidad, y una verdadera autonomía, se requiere que a la persona en quien está radicada la decisión trascendental de afiliarse al sistema general de pensiones o de cambiarse de fondo pensional o de administradora de fondo de pensiones, y quien trata de construir su derecho pensional en las mejores condiciones posibles, debe asesorársele y explicársele desde las etapas previas y preparatorias hasta la presentación de los siniestros, de manera transparente, individual, precisa, suficiente, sin ocultamientos ni silencios, bajo la figura del buen Consejo.

Todo esto adujo lo comprende actualmente la jurisprudencia nacional, especialmente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de casación laboral, quien de manera reiterada ha explicado el deber de información que les asiste a las administradoras de fondos de pensiones, posición que se contiene en muchas Sentencias como por ejemplo en la providencia con radicación 31389 de 2008, 46290 de 2014, SL8432 de 2022 y SL550 de 2023, entre otras, posición que aduce comparte la Corte Constitucional en Sentencia SU-107 de 2024.

Examinado el caso concreto, sostuvo que de la documental arrojada no era posible deducir que la AFP del RAIS hubiere brindado la asesoría en los términos que le correspondía para que el usuario tomara su decisión, pues no se aprecia que la entidad privada le hubiese puesto de presente cuales eran las ventajas y desventajas de su decisión, falta de información que no se puede corregir por el simple paso del tiempo o por la afiliación a otros fondos por parte del demandante. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, ordenando la devolución de los dineros expuestos en la parte resolutoria de la Sentencia, precisando que en este tipo de procesos no es posible aplicar el fenómeno de prescripción propuesto con la contestación a la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, señaló que no se puede desconocer los lineamientos expuestos recientemente por la Corte Constitucional en la Sentencia SU107-2024, donde se indica que no se pueden imponer cargas probatorias imposibles de cumplir a las partes, principalmente a los fondos privados, teniendo en cuenta que en estos, es a ellos a los que se les exige probar que sí cumplieron con el deber de información, sin valorar otro tipo de pruebas, como por ejemplo el interrogatorio de parte, recalcando que en el presente asunto no fue aportado documento alguno que demostrara la pregonada falta de información por parte del fondo privado, resaltando que también le era exigible al demandante el deber de estar informado, debiendo indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al momento de trasladarse de régimen pensional.

De otro lado, precisó que su representada siempre le ha garantizado el deber de información a sus afiliados, brindando una protección del derecho a información, siendo clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones normativas contenidas en la Ley 100 de 1993

En cuanto a la indexación ordenada, señaló que es improcedente, como quiera que se ha manifestado por parte de la Jurisprudencia que la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda, aduciendo que esta resulta incompatible con los rendimientos causados sobre los aportes que administra la AFP.

Por su parte la apoderada judicial de **COLPENSIONES** afirmó que el traslado del demandante a **PORVENIR S.A.** se dio por voluntad del propio afiliado, negocio jurídico que debe presumirse como válido, dado que no fue demostrado un vicio en el consentimiento que pudiese anular la actuación por error, fuerza o dolo. De igual manera aseveró que no se evidencian perjuicios claros y determinantes que demuestren que el demandante haya incurrido en error al momento de firmar el formulario de afiliación, por lo que dicho documento debe presumirse como auténtico, haciendo alusión también a lo considerado en cuanto a la carga probatoria en la Sentencia SU 107 de 2024.

Así mismo, indicó que no puede accederse a la nulidad que ahora pregonan la parte actora, como quiera que en el asunto debatido no se cumple con los presupuestos contenidos en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues a la fecha de la solicitud, el demandante ya se encontraba a menos de 10 años de alcanzar la edad para obtener su pensión, reiterando que el traslado aquí analizado goza de plena validez.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal oportuno, la apoderada de **PORVENIR S.A.**, alegó pidiendo la revocatoria de la sentencia, en la medida en que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, y ninguna de las circunstancias del artículo 1741 código civil, lo que conduce a tener como eficaz el traslado realizado; aunado a que tampoco aparece tan clara la ejecución de actos atentatorios contra el derecho a la libre selección del afiliado, conforme lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que en su consideración, ni siquiera se acerca a lo reglamentado en el ámbito civil, como tampoco al artículo 897 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo expuso que, el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 54A CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia del afiliado en el régimen privado, resaltando

que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos a trasladar solo son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas; para lo que cita como fundamento legal de su postura, el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, mencionando de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, mucho menos indexados (Archivo 03 ED Tribunal).

De otro lado **COLPENSIONES** señaló que Sea esta entidad siempre ha actuado de buena fe, conforme a derecho y de acuerdo con la normatividad vigente, conforme a las reglas de estudio señaladas para el estudio de los casos de ineficacia de traslado, analizada entre otras en sentencia 31314 del 9 de septiembre de 2008, sentencia 31083 de 2011 del 22 de noviembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, SL 3496 de 2018, SL 1489 de 2018 y SL 1452 de 2019, aduciendo que son claras las directrices bajo las cuales se ha determinado declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, situación que concierne en primer lugar al fondo privado codemandado respecto del cual se endilga en este tipo de proceso, esto en torno a la ausencia del cumplimiento del deber de información a que refieren las disposiciones legales contenidas en 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994 y en la Ley 1328 de 2009 Y que refiere a la obligación de brindar una asesoría clara, completa y oportuna al momento del traslado inicial, situación que recae en las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que en este caso son ellos los llamados a responder..

Finalmente indicó que, teniendo en cuenta que el accionar jurídico administrativo de la entidad se debe presumir de BUENA FE, a menos que se demuestre lo contrario, solicitando la absolución de la condena en costas (Archivo 04 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

Se dispone entonces la Sala a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **NORTON PÉREZ GUTIÉRREZ** estuvo afiliado en pensiones al extinto ISS, realizando aportes a partir de 1997 (f. 28 a 32 Archivo 04 ED).
- (ii) Que el actor, el 08 de octubre del año 1999 se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la que permanece afiliado en la actualidad (f. 59 Archivo 15 ED).
- (iii) Que el demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES** el 13 de marzo de 2019 petición de la que no se cuenta con respuesta en el expediente (Archivo 18 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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.

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

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:

“(...) 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.

Se observa así que, según lo dispone el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, lo que, de no permitirse con la libertad y autonomía requeridas, ya sea por el empleador o cualquier otro actor, da lugar a incurrir en 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, hace presuponer que necesariamente se cuenta con el conocimiento suficiente para adoptar la determinación a este respecto, lo que recalca, solo se puede alcanzar 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

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

*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

Las repercusiones que el acto de afiliación o traslado de regímenes de un usuario acarrea para el futuro pensional del afiliado son de gran relevancia para este, 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 regímenes pensionales existentes, etc. Es por ello que el traslado de régimen adquiere una importancia 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

³ Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2020.

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 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,

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.

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).

De lo expuesto se desprende que, 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 debido respeto, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la trascendencia 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 Guardiana 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:

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-835 de 2000.

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

“ 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 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 solo sea 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 adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto*

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

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 acarrea al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas documentales allegadas al expediente, se cuenta con el formulario de afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 59 Archivo 15 ED), documento del que nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrea al afiliado 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 aquel tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, advirtiéndose que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 14:32 a 36:16 Archivo 25 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomara 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 respecto del afiliado.

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

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

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

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PORVENIR S.A.**, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir 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 de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

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

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

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

En ilación con lo antedicho, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá

incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En este orden de ideas, de acuerdo con todo lo considerado hasta aquí, y en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe complementarse la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, en su valor real, por lo que se adicionará el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar a **PORVENIR S.A.** que también devuelvan lo descontado por concepto de primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

De igual forma, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se ordenan trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

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

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

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

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo aseverado por la recurrente, que no resulta discordante la condena a ambos conceptos, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencias CSJ SL2611-2020, SL 4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021), y además está fijada sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se causaron los rendimientos.

Se precisa en relación con los **rendimientos**, que estos se generan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal; y de otra parte se

ubican los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos que también comprenden las cotizaciones efectuadas al RAIS, y sobre los que ningún rédito adicional se genera, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

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

Ahora bien, en este punto es importante hacer alusión, a la previsión contenida en la SU-107 de 2024 de la Corte Constitucional, numeral 327 en el que fijó la subregla según la cual “(iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada (supra 298 y ss)”, que no se comparte por esta Colegiatura la disposición jurisprudencial conforme a los siguientes fundamentos.

Se explica por el Alto Tribunal (puntos 290 y subsiguientes) el alto impacto de la anulación masiva de traslados, que según la estimación presentada, sería eventualmente un total 131.751 personas, que generarían un pasivo pensional que alcanza la cifra de 71.8 billones de pesos, anotando que esto provoca un hueco fiscal de 35 billones de pesos por concepto de aportes, por la diferencia entre el pasivo pensional que se generaría por el pago de quienes se pensionen dentro del grupo señalado, y los recursos que desde el RAIS se estarían remitiendo al RPMPD, lo que señala, sería un promedio de 29,4 billones de pesos, correspondientes a lo contenido en las cuentas individuales, y un monto de 9,9 billones de pesos, por lo atinente a la anulación de los bonos tipo A. Anotando al respecto, que estos valores aliviarían en el corto plazo las finanzas del RPMPD, pero en el largo plazo se notaría la afectación, por el pasivo pensional que se generaría por aquellos traslados, destacando que el impacto fiscal se concentra en el grupo de afiliados que devengan más de 4 y menos de 25 SMLMV, que representa el 25,5% de los demandantes, lo que envolvería una afectación desproporcionada a las finanzas del Estado, que de no tomarse medidas, continuará incrementándose.

De las cifras expuestas se extrae sin ninguna dubitación, que no se incluye en cálculo de los rubros a devolver del RAIS al RPMPD, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, que se compone por la cuota de administración, seguros previsionales y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los que tal como se denota con las cifras expuestas, sí se requieren en el RPMPD para reducir el impacto del pasivo pensional que debe asumir con estos traslados, pues aunque no se ofrezca como una medida significativa, ayuda a paliar de cierta manera la brecha que se presenta.

Sobre la imposibilidad material de retrotraer la situación al momento del traslado, por cuanto según se aduce por el Alto Tribunal Constitucional, “no todos los recursos son susceptibles de devolución, sea porque al proceso ordinario no se vincularon a las aseguradoras, o a todos los fondos donde estuvo afiliado el demandante, o porque la AFP fue disuelta y liquidada”, y que “se ordena a la última administradora la devolución de gastos de administración que nunca ha tenido en su poder”; se apunta, que presenta en este aspecto el fallo en cuestión, un escenario que no se corresponde con la realidad, por las razones que pasan a explicarse.

En primer lugar, porque se está garantizando la vinculación de todas las aseguradoras a

la litis, por vía de la debida integración del contradictorio, precisamente por ese rubro que quedó en cada una de ellas y que es materia de decisión en estos asuntos. Con relación al segundo punto, relativo a que algunas AFP fueron disueltas y liquidadas, lo cierto es que las AFP que desaparecieron fueron objeto de *fusión o absorción* con otras AFP que a la fecha continúan funcionando, y asumieron todas las prestaciones a cargo de aquellas desaparecidas, por el efecto de la subrogación; y por último, tampoco es cierto que se ordene a la última administradora la devolución del rubro completo de los gastos de administración por todo el tiempo de vinculación del afiliado en el RAIS, pues precisamente, lo que se ofrece con la vinculación a la litis de todas las AFP en las que estuvo adscrito el afiliado durante su permanencia en el RAIS, es que la orden de devolución de los gastos de administración se dirija a cada una de ellas, por el respectivo periodo en que se acredita su afiliación.

Tampoco es cierto que se deba vincular a las aseguradoras que percibieron lo pertinente a los seguros previsionales, pues lo que acontece en este caso no es la efectivización del riesgo asegurado por aquellas, caso en el que deben concurrir a responder por la póliza respectiva, siendo lo acontecido en estos casos, un efecto derivado de la omisión de la AFP que contrató las pólizas, la que es además responsable del acto de afiliación, y por ende la única respondiente por los efectos que de su omisión se derivan.

No es un punto de discusión para esta litis, la naturaleza de las primas de seguros y el riesgo que amparan, así como el hecho de que estas imponen el respectivo pago mes a mes, para cubrir ya sea el riesgo de invalidez o de muerte, ni tampoco, que la contratación de las pólizas deba hacerse de manera colectiva y no individual; pues se insiste, que los efectos de la ineficacia en ningún momento se están revirtiendo sobre las aseguradoras, toda vez que la devolución de lo correspondiente al monto asignado para estos rubros se impone a la AFP, con cargo a su propio peculio, por ser esta la responsable de no haber realizado la afiliación como era su deber, siendo la única a la que cabe asignar los efectos de la ineficacia, sin que en efecto resulte dable, afectar terceros ajenos al contrato que devino ineficaz, lo que no está ocurriendo así por lo antes reseñado.

Y respecto a la contribución para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, no es extraño al sistema pensional que en aquellos casos que no se satisficieron las condiciones de traslado de régimen, *verbigracia*, con ocasión de la multiafiliación, se imponga la devolución de los rubros correspondientes al fondo de garantía de pensión mínima, como lo dispone el decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.4.7. incisos 2º y 3º, en los que se prevé:

“Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

“Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.”

Por último, en cuanto a la relevancia de lo percibido por cuota de administración, que según refiere el Tribunal Constitucional - homologando la situación a la de los gastos de administración en salud -, tienen derecho las administradoras como compensación por los gastos en que incurren y la utilidad razonable que deben percibir, no se explica cómo puedan compararse ambos tipos de administradores, pues los servicios que atienden son sustancialmente diversos, siendo el de la salud un servicio esencialmente complejo y vital, por cuanto involucra la garantía a los derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas, y a la vida misma, que se ven comprometidos de manera directa con la satisfacción de las prestaciones primordialmente asistenciales que le corresponde cubrir, lo que le significa un despliegue suficiente y cabal de recursos físicos y humanos necesarios para atender la demanda de un servicio de tal magnitud.

Además que no disponerse el retorno de estos rubros comportaría la imposición a

COLPENSIONES de un *traslado de régimen* nudo y simple, como opera frente a un cambio legal de régimen pensional; es decir, como sino mediara la ineficacia devenida de la actuación irregular de la administradora privada de pensiones, y con lo cual resultaría premiada su desidia, pues resultaría idéntica la consecuencia, cuando actúa en el marco legal, a cuando no lo hace, pues es en el caso de un traslado de régimen regular que solo se impone la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y bono pensional.

Las razones expuestas muestran, contrario a lo sostenido por el Tribunal Constitucional, que si es procedente retrotraer la situación respecto de los gastos de administración, como efecto de la ineficacia, pues las consecuencias recaen en el responsable de las falencias presentadas en el contrato de afiliación, sin que ello represente que terceros ajenos a esa relación inicial resulten afectados, lo que además se amerita para enjugar de mejor manera, las afectaciones que se generan sobre el pasivo pensional que debe asumir la administradora pública de pensiones con estos traslados.

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 061 del 30 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que también devuelvan a **COLPENSIONES** lo descontado al demandante por concepto de primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán retornarse debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución se especifiquen, discriminando sus respectivos valores, junto con el

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.




SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada

TERCERO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMMLV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL