

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
LITISCONSORTES	PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-012-2019-00310-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.023

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

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°004 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del **DEMANDANTE** y **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 101 del 16 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado **JHON EUGENIO ORTIZ ARISTIZÁBAL** identificada con T.P. No. 70.750 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado del demandante y entiéndase por revocado cualquier poder otorgado con anterioridad.

ANTECEDENTES

El señor **RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, retornando las cosas al estado anterior. **2)** En consecuencia, solicitó ordenar a **PORVENIR S.A.** que entregue a **COLPENSIONES** el valor consignado en la cuenta de ahorro individual, producto de los aportes recibidos por su afiliación, bonos pensionales, cotizaciones, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto, más gastos de administración y rendimientos. **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que lo reciba como afiliado del RPMPD, junto con los valores provenientes del RAIS, actualizando su historia laboral **4)** Por último, reclamó el pago de perjuicios materiales y morales causados, a cargo de **PORVENIR S.A.**

Fundamentó sus pedimentos en que nació el 24 de septiembre de 1957, afiliándose en pensiones al ISS (hoy COLPENSIONES), para posteriormente trasladarse a la **AFP PORVENIR S.A.** Adujo que, al momento de recibir la asesoría de dicho fondo, le fue informado que su pensión

en el RAIS sería superior a lo que obtendría un afiliado del ISS, aunado a la posibilidad de pensionarse antes de la edad de 60 años. En ese sentido aseguró que, la AFP omitió asesorarlo de manera suficiente sobre la conveniencia de su decisión, dejando de lado informarle *verbigracia*, si de acuerdo con sus ingresos y bono pensional, le era posible pensionarse de manera anticipada, detallar las características de cada régimen, proyectar un comparativo a efectos de verificar cuál de los regímenes le representaba mayor beneficio a sus intereses, los requisitos y modalidades pensionales en el RAIS, al paso que guardó silencio en su momento acerca de la prohibición de regresar al RPMPD, al igual que de la posibilidad de retractarse, entre otros aspectos relevantes.

De otro lado afirmó que, según cálculos efectuados, en el régimen publico la mesada sería de \$5.415.300 aproximadamente, superior a lo que en el año 2019 le ofrecía pagar **PORVENIR S.A.**, situación que por sí sola demuestra un perjuicio vitalicio al demandante, ya que el valor pensional que obtendría en el fondo privado es tres veces menor que el mínimo en el RPMPD. Con base en ello, adujo que su traslado no se hizo de manera espontánea, libre y voluntaria, ya que no era consciente de la información oculta por parte de la entidad demandada, asumiendo esa decisión cautivado por las supuestas bondades ofrecidas, circunstancias por las que consideró, que su traslado está viciado de nulidad, y, por tanto, es ineficaz.

En virtud de lo expuesto, el 21 de junio de 2016 el accionante solicitó a **COLPENSIONES** que autorizase el traslado al RPMPD, petición negada por la entidad en comunicado de la misma fecha (f. 1 a 17 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** se opuso a lo pedido, tras considerar que la decisión del demandante de trasladarse de régimen fue consciente y espontánea, pues no hubo apremios o presiones de ninguna naturaleza. Propuso las excepciones de fondo de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE. (...)*” (f. 62 a 85 Archivo 02 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** resistió las pretensiones del gestor, proponiendo como excepción la de: “(...) *IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO (...)*” (f. 106 a 110 Archivo 02 ED).

Mediante Auto No. 392 del 21 de septiembre de 2021 el Juzgado de primer grado dispuso la vinculación al presente proceso de las AFP **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 08 ED).

En ese sentido, **COLFONDOS S.A.** expuso su postura contradictoria con lo planteado en la demanda, y formuló las excepciones de “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN Y PAGO E INEXISTENCIA DE PERJUICIOS. (...)*” (f. 4 a 22 Archivo 13 ED)

Por último, **PROTECCION S.A.** acudió al proceso proponiendo las excepciones que denominó: “(...) *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; TRASLADO DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES; FALTA DEL JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS*

COMO REQUISITO PROCESAL; TRASLADOS ENTRE AFP'S COMO ACTOS DE RELACIONAMIENTO EN TÉRMINOS DE LA SENTENCIA SL4934-2020; INNOMINADA O GENÉRICA. (...)” (f. 4 a 22 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 16 de junio de 2022 indicó:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR, quien se identifica con la C.C. 70.720.322, al régimen de ahorro individual con solidaridad en el marco de la afiliación adelantada por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, entendiéndose para todos los efectos afiliado sin solución de continuidad en el RPMPD dirigida por la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.

SEGUNDO: CONDENAR a LA AFP PORVENIR S.A., representada legalmente por la doctora Gloria Margarita Rodríguez Uribe o por quien haga sus veces, a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros del señor RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, los valores que haya descontado al señor RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR, por conceptos de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a reactivar la afiliación del señor RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFPs, se refleje en su historia laboral.

(...)

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.000.000. Sin costas ni agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA. (...).”

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, la posición Jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado está ampliamente decantada, señalando que, la libre escogencia de régimen pensional tiene como presupuesto inexorable que el fondo dispuesto a recibir al afiliado cumpla con

sus obligaciones profesionales, direccionadas a que el ciudadano obtenga un conocimiento sobre el régimen al que pretende vincularse, así como las consecuencias de su decisión, las cuales debe garantizar la AFP, condiciones introducidas desde la misma Ley 100 de 1993. Anotó que, esa obligación de asesoría es ineludible, argumentos reforzados con lo dicho en Sentencia SL1452-2019, SL1688-2019 y SL2611-2020, teniendo entonces la entidad de pensiones la carga de demostrar que proporcionó la debida asesoría, situación evaluada al momento del primer acto, el cual no puede ser saneado más adelante. Así mismo, expuso que el deber de información no se acredita con el formulario de afiliación arrimado al proceso.

En ese sentido, expuso que, en el presente asunto, no se acreditó haber suministrado una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar ineficacia del traslado realizado por este, con las consecuencias económicas anotadas, sin que admisible la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte **DEMANDANTE** recurrió la decisión, para lo cual apuntó que se demostraron los perjuicios solicitados, esto en razón a que, el accionante al no conocer todo lo concerniente a las ventajas y desventajas sobre los regímenes pensionales, permaneció atado a dicho régimen privado sin haber podido gozar de la pensión a la edad de 66 años. Así mismo, expuso que el perjuicio moral quedó probado, pues una vez le niegan el derecho a pensionarse, esto le causó zozobra durante los años posteriores al cumplimiento de la edad de pensión.

De otro lado, la apoderada de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión argumentando que no existían razones fácticas, ni jurídicas, para la declaratoria de la ineficacia, pues, en su criterio, quedó acreditado que, cuando el actor se trasladó, le fue brindada toda la información de carácter general cumpliendo con lo establecido en la ley, y consecuente con esto, el demandante expresó su voluntad de afiliación, materializándola con la suscripción del formulario de vinculación, situación que conduce a la revocatoria de la decisión.

Más adelante, refirió que, en el evento de mantener la decisión inicial, se revoque la condena concerniente a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y aportes en garantía al fondo de pensión mínima, pues estos conceptos no se encuentran en el patrimonio de **PORVENIR S.A.**, en tanto fueron invertidos para la generación de los frutos reflejados en la cuenta de ahorros del afiliado, en cumplimiento del mandato legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 del 1993.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho en su recurso de alzada, en lo concerniente a que, para el momento del traslado del demandante, cumplió con el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993, sumado a que la parte tuvo varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

Manifestó que la prueba documental que se extraña por el Juez surgió solamente desde la Circular No. 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, y exigencias como el buen consejo y la doble asesoría, nacieron entre los años 2010 y 2014. Así mismo, resaltó que hubo un incumplimiento de los deberes a cargo del demandante, dado que no realizó comparaciones entre los regímenes, y tampoco formuló preguntas al momento de suscribir el formulario de afiliación, o a través de los canales de información dispuestos por esta entidad.

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la cual se ha

cumplido cabalmente, y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, fundado en una indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas, que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 05 ED Tribunal).

Finalmente, la apoderada del **COLPENSIONES** aportó alegatos de conclusión en los cuales adujo que el actor se encontraba inmerso en la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años de la edad de pensión. De igual forma, solicitó atender el principio de sostenibilidad del sistema, desarrollado en Decretos 692 de 1994 y 3995 de 2008, al igual que en sentencias C-789 de 2002, C-1024-2004, C-1025-2005, C-086 de 2016, SU-062 de 2010, SU130 de 2013 y SL373-2021 (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.

Por último, deberá determinarse la procedencia de los perjuicios reclamados por el demandante en cabeza de **PORVENIR S.A.**

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 el señor **RUPERTO ANTONIO MURILLO SALAZAR** estuvo afiliado en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1995 y 1997. No obstante, el 22 de abril de 1997 decidió trasladarse al RAIS administrado por la **COLFONDOS S.A.** (Archivo 4 ED y f. 37 archivo 14 ED)
- (ii) Que, durante su estancia en el RAIS, el 15 de mayo de 2000 el demandante se pasó a **PORVENIR S.A.**, para después, el 21 de septiembre del 2005 irse a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 37 archivo 14 ED y f. 43 archivo 14 ED)
- (iii) Posteriormente, el 21 de septiembre del 2006 el señor **MURILLO SALAZAR** regresó a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 37 archivo 14 ED).
- (iv) Que el 12 de marzo de 2019 el actor solicitó a **COLPENSIONES** que declarase la ineficacia de su traslado al RAIS, pedido que finalmente negó la entidad en comento, a través de comunicado emitido al día siguiente (f. 23 archivo 02 ED)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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). (Negrilla fuera de texto).

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

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

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese 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 públicos y privados de pensiones.

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el 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 acarrearían al asegurado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

Se desprende 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.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación que muestra la afiliación del demandante a **PROTECCIÓN S.A.** (f. 43 Archivo 14 ED), y el certificado de SIAFP de Asofondos que da cuenta de la vinculación de aquel a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** (f. 87 Archivo 02 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearba el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado 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 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, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté 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, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte de los entes administradores del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que los traslados se efectuaron con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que no emerge del interrogatorio de parte (Min. 23:28 a 56:49 Archivo 22 ED), del que no logran extractarse afirmaciones del actor que se puedan catalogar de confesión en los términos del artículo 191 CGP, toda vez que únicamente aceptó haber recibido información sobre las ventajas del RAIS.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de la obligación 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 respecto de la afiliado.

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 las demandadas, 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** (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

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 **COLFONDOS S.A.**, entidad con la cual se materializó el primer 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, 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 el 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 hay razones para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

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

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** pues pese a lo señalado en la alzada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está

direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

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

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.

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

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

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.

De otro lado, frente a los perjuicios materiales (daño emergente - lucro cesante) y morales reclamados por el extremo activo, esta Sala de decisión ha aceptado que la responsabilidad que puede endilgársele a las AFP, en este caso **PORVENIR S.A.**, es de índole contractual, conforme lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil, en razón a que el daño invocado se erige desde el incumplimiento de las obligaciones surgidas en el contrato de afiliación al RAIS, caso en el cual se exige el elemento volitivo para hallar configurado el dolo proveniente de la entidad; y de no ser así, le correspondería asumir el resarcimiento solo por los daños previsibles al momento en que se materializó la afiliación, los que por ningún lado aparecen aquilatados con la claridad requerida.

A este respecto, en la Sentencia C-1008 de 2010 la Corte Constitucional adoctrinó: *“Como lo ha señalado de manera consistente y reiterada la jurisprudencia de esta corporación, corresponde al Congreso de la República, en desarrollo de su libertad de configuración política, regular el régimen de la responsabilidad, las modalidades del daño y todo lo relacionado con los medios para cuantificarlo. La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que, de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad.”*.

No obstante, la Sala juzga como acertado lo decidido por *A quo* a este respecto, pues más allá de lo anterior, **tampoco puede pasarse por alto que la causación de los perjuicios perseguidos por el actor debe aparecer plenamente acreditada**, ejercicio demostrativo que, a decir verdad, no fue desplegado en el particular, toda vez que sobre la afectación económica y emocional sufrida por el actor, solo cuenta con lo manifestado en la demanda al respecto, carencia probatoria que hace inviable la concesión de este pedimento, debiendo mantenerse la decisión en este aspecto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia dada la falta de prosperidad de los recursos propuestos.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 101 del 16 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA