

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS FERNANDO ZULUAGA CRISTANCHO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE	PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-012-2018-00388-02
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ACLARA

SENTENCIA No. 079

Medellín, veintiocho (28) de abril 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°011 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 167 del 1 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS FERNANDO ZULUAGA CRISTANCHO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, teniéndose como afiliado al primero. **2)** Que consecuencialmente, se condene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales que realizó. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que acepte los recursos provenientes del RAIS, y lo reciba como su afiliado sin solución de continuidad.

Fundamentó sus pedimentos en que, se afilió en pensiones al ISS desde 1985, entidad en la permaneció hasta 1995, año en el que se trasladó al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, previa asesoría brindada por funcionario de esa entidad, quien además de no presentarle una proyección pensional, tampoco le indicó que su prestación podría ser inferior a la ofrecida en el ISS, pues lo indicado fue que, en este régimen se pensionaría a cualquier edad; lo que significa, que no recibió información sobre las desventajas de trasladarse, dado que los datos entregados fueron parciales, encaminados a concretar la afiliación y así recibir la comisión correspondiente.

Que en el año 2014 alcanzó la edad de 52 años, y pese a estar vinculado a la AFP, nunca

recibió asesoría sobre la oportunidad de regresar al RPMPD antes de esa edad. Que en virtud de lo anterior, solicitó tanto a **COLFONDOS** como a **COLPENSIONES** invalidar su afiliación al RAIS, petición despachada en ambos casos de manera negativa (f. 1 a 14 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO ENTRE REGÍMENES PENSIONALES; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR PENSIÓN DE VEJEZ ANTE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA; PRESCRICIÓN; BUENA FE DE COLPENSIONES e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 112 a 119 Archivo 02 ED).

A su turno, **COLFONDOS S.A.** expuso que cumplió con las formalidades legales exigidas al momento del traslado del demandante, vinculación que se dio por una decisión libre y espontánea de aquel. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; NO EXISTE PRUEBA DE CAUSAL DE NULIDAD ALGUNA; PRESCRICIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; BUENA FE; COMPENSACIÓN; PAGO; SANEAMIENTO DE CUALQUIER NULIDAD DE LA AFILIACIÓN; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; OBLIGACIÓN A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO y NADIE PUEDE IR EN CONTRA DE SUS PROPIOS ACTOS* (...)” (f. 137 a 157 Archivo 02 ED).

Mediante Auto N° 380 del 14 de septiembre de 2021, el Juzgado de primera instancia vinculó al presente trámite a la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad que emitió pronunciamiento respecto de la demanda, manifestando que la afiliación del accinante a esta entidad se produjo por una decisión libre de presiones y engaños, conforme se constata en la solicitud de vinculación. En consecuencia, formuló los exceptivos de “(...) *PRESCRICIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (Archivo 04 ED y f. 2 a 21 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia N° 167 del 1 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, entendiéndose para todos los efectos afiliado al RPMPD sin solución de continuidad. En consecuencia, dispuso:

“(...) *SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, representada legalmente por el doctor JUAN MANUEL TRUJILLO SÁNCHEZ o por quien haga sus veces, a trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros del señor LUIS FERNANDO ZULUAGA CRISTANCHO 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. representada legalmente por el doctor MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o por quien haga sus veces, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, el valor de 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.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE. representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, reactivar la afiliación del señor LUIS FERNANDO ZULUAGA CRISTANCHO 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 las AFPs aquí demandadas, se refleje en su historia laboral. (...)”.

Gravó en costas a **COLFONDOS S.A.**

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, no empeece a la forma como se hubiere formulado la pretensión desde la demanda, el asunto puesto a su consideración debía estudiarse desde la órbita de la ineficacia (SL1688-2019). Así mismo anotó 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.

Afirmó que, esa obligación de asesoría es ineludible, argumentos reforzados con lo dicho en Sentencias 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, ni siquiera por traslados horizontales posteriores. 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, **COLFONDOS S.A.** no acreditó haber suministrado una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por este, con las consecuencias económicas anotadas, incluidas las correspondientes a **PORVENIR S.A.** en lo relacionado con los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin que sea admisible la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión apuntando contra la condena relativa a devolver los gastos de administración, tras considerar que en el RPMPD también se descuenta el porcentaje correspondiente por administración; y con respecto a las primas de invalidez y sobrevivencia, señaló que estos recursos no financian la pensión de vejez y son susceptibles de verse afectados por prescripción. Sobre estas últimas, añadió que su representada los entregó a un tercero en virtud de póliza de seguros contratada, lo que impide devolver estos recursos, más cuando la entidad siempre cumplió con el deber de información.

Expresó que la devolución de los dineros en comento genera un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**, como quiera que no existe precepto normativo que sustente esta devolución, resaltando la buena gestión de su representada en la administración de los aportes del actor. Por último, precisó que, tener que trasladar estos recursos debidamente indexados, supone una doble condena.

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

Mediante auto No. 094 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte **DEMANDANTE** y demandada **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

la apoderada de la parte **DEMANDANTE**, sostuvo que, dentro del presente trámite procesal, no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la Administradora **COLFONDOS S.A.** le brindó a su poderdante una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas y riesgos inherentes al traslado de régimen pensional. Así mismo, señala que, tampoco existe prueba alguna que demuestre que la Administradora le haya entregado un Plan de Pensiones o el Reglamento de la Administradora, como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, ni mucho menos realizó un comparativo de los que sería su pensión en uno y otro régimen, deprecando la confirmación de la Sentencia de Primer Grado (Archivo 06 ED).

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, adujo en primera medida que la sentencia proferida por el a quo, aduciendo que debe tenerse en cuenta que esta entidad concurre al litigio como litisconsortes necesarios, partiendo de la base que esta Administradora no participó en la celebración del contrato de vinculación, ni hizo parte del uso de maniobras contrarias a la ley para obtener el traslado de los aportes de los afiliados con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

En segunda medida, resaltó que es potestad de la parte actora emigrar de un régimen a otro, un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el literal E) del artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

De otro lado, reprocha la inversión de la carga de la prueba que se realiza en estos procesos, argumentando que toda la responsabilidad recae sobre los fondos privados sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante, recalcando que el deber del buen consejo debe ser analizado con las normas existentes al momento en que se produjo el traslado del demandante, pretendiendo se revoque el fallo proferido en Primera Instancia (Archivo 04 ED).

Por su parte el apoderado de **PORVENIR S.A.**, Dentro del término oportuno, la mandataria 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 899 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 de la afiliada 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, citando como refuerzo de sus argumentos el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, para mencionar de entrada, que no debe imponerse la devolución de los

gastos de administración y primas de seguro previsional, emolumentos que además son susceptibles de prescribir, de conformidad con los artículos 488 CST y 151 CPLSS (Archivo 05 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

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

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliado al ISS en materia pensional, entidad a la que realizó aportes en el año 1990, el señor **LUIS FERNANDO ZULUAGA CRISTANCHO** decidió trasladarse al RAIS, administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.** el 22 de octubre de 1995 el (f. 69 a 70 y 159 Archivo 02 ED).
- (ii) Que durante su afiliación al RAIS, el 7 de julio de 1999 el actor suscribió solicitud de vinculación a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**; y el 15 de mayo del 2000 decidió regresar a **COLFONDOS S.A.**, entidad a la cual se encuentra afiliado en la actualidad (f. 71 a 72 Archivo 07 ED y f. 158 y 160 Archivo 02 ED).
- (iii) Que el 11 de diciembre de 2017 el demandante radicó ante **COLPENSIONES** formulario de afiliación, trámite negado por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 81 a 82 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 encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

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

multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

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

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

En ese sentido ha prevenido que, la mera firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-20°19, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

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

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté 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 (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación del demandante a las AFP **COLFONDOS S.A.** y **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.** (f. 159 a 160 Archivo 02 ED y f. 72 Archivo 07 ED), realmente nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte practicado (Min. 19:40 a 35:30 Archivo 16 ED), en el cual no se observan afirmaciones que lo perjudiquen.

Se observa aquí en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este 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 de los afiliados.

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 (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 **COLFONDOS S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial del demandante, 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, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **COLFONDOS S.A.**, administradora 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 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 **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022)

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

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

Ahora, frente a lo señalado en el recurso de **PORVENIR S.A.**, importar recordar que la indexación dispuesta en la sentencia analizada sobre varios emolumentos que las AFP deben trasladar a **COLPENSIONES**, se causa exclusivamente sobre los recursos a reintegrar por concepto de gastos de administración, los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, ello en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo (Sentencia SL2611-2020), sin que esto implique, como lo señaló el recurrente, una doble condena. Y es así, como quiera que los *rendimientos* - cuya devolución también se está condenando a la accionada -, solo fueron causados sobre la *cuenta de ahorro individual*, que es sobre lo que, valga la redundancia, se generan tales utilidades. El porcentaje destinado a gastos de administración, y demás emolumentos que involucran este rubro no generaron ningún rédito, por lo que se amerita su actualización, se itera, en orden a que no pierdan su valor monetario.

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

desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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

En este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, junto a las consecuencias económicas impuestas a la parte demandada. No obstante, habrá de aclararse los numerales segundo y tercero de la decisión estudiada, a efectos de precisar que la indexación ordenada procede respecto de lo descontado por las AFP demandadas por gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues tal como quedó fijado en la resolutive, a simple vista pareciera que solo se ordena la actualización en lo concerniente al último rubro descrito.

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

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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se aclarará la sentencia en el punto descrito, confirmándose la decisión en todo lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho 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: ACLARAR los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** de la Sentencia No. 167 del 1 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de precisar que procede la **INDEXACIÓN** ordenada en estos ordinales respecto de lo descontado por parte de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS** por **gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA