

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ALFREDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-009-2019-00752-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.006

Medellín, treinta y uno (31) de enero 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°002 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 068 del 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **ALFREDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**, con el fin de que: 1) Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente por **PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**, disponiendo su retorno a **COLPENSIONES**. 2) Que consecuencialmente, se ordene a **SKANDIA S.A.** trasladar con destino a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones y rendimientos existentes en su cuenta de ahorro individual.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 30 de mayo de 1961, afiliándose en pensiones al RPMPD, en donde efectuó cotizaciones desde 1986. Sin embargo explicó que, en el año 1995 cuando prestaba servicios para Baker RTC le solicitaron trasladarse de régimen, al punto que la empresa autorizó el ingreso de la asesora de **PROTECCIÓN S.A.** para tomar su firma en el formulario de afiliación, vínculo que se dio sin ningún tipo de asesoría, aunado a que, tiempo después esa AFP tampoco le informó sobre la prohibición de traslado aparejada en la Ley 797 de 2003.

Refirió que más adelante acaecieron circunstancias similares, la primera, en el año 2003, ya que, al estar al servicio de la sociedad Parenco Colombia Limited, se dispuso el traslado masivo de trabajadores a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** La segunda, en el año 2009, pero esta vez con la empleadora Meta Petroleum Ltda. donde le fue ordenado el traslado con destino a **SKANDIA S.A.**; sin embargo, en 2012, expuso, recibió directriz para irse a **PORVENIR S.A.**, entidad que tampoco lo asesoró sobre la restricción de regresar al RPMPD antes de faltarle menos 10 años para la edad de pensión.

Que molestó con las omisiones en las que incurrió **PORVENIR S.A.**, se trasladó a la AFP **SKANDIA S.A.**; no obstante, indicó que el 18 de octubre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado de régimen pensional, reclamación negada por esta entidad en comunicado de la misma fecha. Que pese a haber elevado petición de información a las AFP demandadas, ninguna emitió respuesta al respecto (f. 3 a 41 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación del demandante ocurrió de forma libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 44 Archivo 03 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado precedido de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluido el demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Más adelante formuló como excepciones: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS 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 DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DE 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* (...)” (f. 1 a 29 Archivo 04 ED).

Por su parte, la accionada **SKANDIA S.A.** manifestó que, contrario a lo sostenido en la demanda, la afiliación del actor a esta entidad goza de plena validez al haberse cumplido las exigencias establecidas en las distintas regulaciones que aplican al respecto. Formuló como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE y COBRO DE LO NO DEBIDO POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* (...)” (f. 1 a 20 Archivo 06 ED).

Por último, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN; EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES; BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y PRESCRIPCIÓN* (...)” (f. 3 a 16 Archivo 14 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 068 del 13 de junio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, asumiéndose que siempre estuvo afiliado al RPMPD. En consecuencia, dispuso:

“(...) **SEGUNDO:** *CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A pasar a*

COLPENSIONES todos los dineros recibidos con motivo del traslado o vinculación del demandante a esa entidad, señor ALFREDO RODRIGUEZ GUTIERREZ ya identificado y por el periodo en que permaneció afiliado al mismo, cuya devolución incluye lo acumulado en su cuenta de ahorro individual, los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima y las cuotas de seguros previsionales con los respectivos rendimientos; e igualmente PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. pasaran a COLPENSIONES con los respectivos rendimientos, los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, los aportes para garantía de pensión mínima y las cuotas de seguros previsionales, reiterando, con los respectivos rendimientos.

TERCERO: *CONDENAR a COLPENSIONES acepte el retorno a esa entidad del señor ALFREDO RODRIGUEZ GUTIERREZ ya identificado sin solución de continuidad y recibir los mencionados recursos para que vayan al fondo común que administra, sirvan al financiamiento pensional del mencionado asegurado y su equivalente en semanas se refleje en su historia laboral (...)*

Gravó con costas a **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión, para lo cual apuntó contra la condena relativa a devolver lo concerniente a los gastos de administración, punto en el que anotó, la Superintendencia Financiera ha conceptuado que, en estos asuntos, los valores a devolver corresponden a los aportes y los rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual, sumas que en el particular, ya fueron remitidas a Old Mutual (Skandia). Así mismo, sustentó su recurso en el contenido del artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Continuó indicando que los valores descritos no están destinados a financiar la pensión, y, por tanto, son prescriptibles al tenor de los artículos 488 CST y 151 CPLSS.

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

Dentro del término otorgado, la parte **DEMANDANTE** pidió confirmar la decisión de primera instancia, esbozando lo pertinente respecto de la configuración de doctrina probable (Sentencias C-621 y 625 de 2015, y SU-354 de 2017), esto a fin de recordar que la Sala de Casación Laboral de la CSJ tiene una línea jurisprudencial decantada acerca de la ineficacia del traslado de régimen pensional, imponiendo a los fondos la carga de probar el cumplimiento del deber de información, postura ratificada desde 2008, sin necesidad, aclaró, de que el reclamante sea beneficiario de prebendas como el régimen de transición (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** insistió en la imposibilidad de ordenar el traslado de régimen al RPMPD, al estar el demandante inmerso en la prohibición de traslado del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. De otro lado anotó que, debe tenerse en consideración el principio constitucional de la sostenibilidad del sistema de la seguridad social, dado que los recursos de la cuenta del demandante y el bono pensional pueden llegar a ser insuficientes para cubrir su derecho pensional, esto en atención a las características del régimen de reparto, pues es probable la afectación al goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, bono pensional y gastos de administración, todo esto debidamente indexado (Archivo 03 ED Tribunal).

Finalmente, **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 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 de 1993, los recursos a trasladar 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 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 **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

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

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **ALFREDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ** estuvo afiliado en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1986 y 1995 (f. 17 a 21 Archivo 14 ED).
- (ii) Que el 26 de diciembre de 1995 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, y más adelante, el 28 de marzo de 2003 se cambió a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, yéndose a la **AFP SKANDIA S.A.** el 29 de octubre de 2009, para volver a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 28 de marzo de 2012 (f. 50 a 52 Archivo 04 ED, f. 78 a 81 Archivo 03 ED y Archivo 08 ED),
- (iii) No obstante, el 18 de febrero de 2014, el accionante decidió regresar a **SKANDIA S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (Archivo 08 ED).
- (iv) Que el 18 de octubre de 2019 el actor solicitó a **COLPENSIONES** el traslado al RPMPD, petición negada por esa entidad en comunicado de la misma fecha (f. 45 a 49 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).

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

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

No se trataba simplemente 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 acarrearán 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 los formularios de afiliación del demandante a las AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, y **SKANDIA S.A.** (f. 50 a 52 Archivo 04 ED, f. 78 a 81 Archivo 03 ED y Archivo 08 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.

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 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.

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 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto del 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la que se materializó el traslado de régimen 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, 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 **SKANDIA S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad el demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de aquel, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor 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 y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.**

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

radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

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

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, 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 del demandante, 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., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** que los conceptos relativos a los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sean 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 (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 publica 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.

Finalmente, y para mayor claridad de los recursos que se están trasladando al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se dispondrá que, al momento de cumplirse esta orden, 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.)

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmandose en 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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 068 del 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recibidos con motivo de la afiliación del señor **ALFREDO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ**, los cuales debe trasladar a **COLPENSIONES**, sean devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución por cada una de las AFP involucradas, 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 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