

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SANDRA EUGENIA QUICENO GUTIÉRREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-010-2020-00005-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.007

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad, respecto de la Sentencia del 13 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **SANDRA EUGENIA QUICENO GUTIÉRREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, y, por consiguiente, sea trasladada sin solución de continuidad a **COLPENSIONES**. **2).** Que, consecuencialmente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** el total de los aportes, rendimientos, cuotas de administración y el valor de las pólizas de seguro. **3)** Por último, peticionó condenar a las demandadas al pago de las costas procesales.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 6 de julio de 1968, afiliándose en pensiones al ISS desde el año 1993, entidad en la que permaneció hasta 1998, año durante el cual, previa visita de los asesores de la AFP **PORVENIR S.A.**, se trasladó a dicho fondo. Que, al momento de la asesoría colectiva, el personal de la entidad le informó a ella y a otros compañeros que en esta administradora quedarían mejor pensionados, toda vez que, al tratarse de un fondo privado, los rendimientos y ahorros serían mayores y más seguros en comparación con los que obtendrían en el ISS, del cual adujeron, atravesaba serias dificultades con el riesgo de acabarse, con lo cual quedaría en entredicho el proceso de pensión.

En ese sentido, expuso que no se le ofreció por parte de la AFP una información suficiente y adecuada en torno a las implicaciones que traía dicho traslado, no recibió tampoco proyección de lo que podría ser su mesada en ambos regímenes, al igual que se omitió instruir la sobre los costos de administración y las pólizas que deben pagarse. Que pese a la expedición del Decreto 3800 de 2003, no le fue informada la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD, situación que, sumada a las circunstancias anteriores, deja ver que no ha sido asesorada y acompañada durante su permanencia en el RAIS.

Que, en virtud de lo anterior, el 2 de mayo de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPMPD, petición negada en oficio de la misma fecha por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (f. 1 a 18 Archivo 16 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 OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR LA INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO; AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACIÓN Y PERJUICIO PADECIDO; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 13 Archivo 09 ED).

Finalmente, **PORVENIR S.A.** manifestó su desacuerdo con lo planteado en la demanda, pues aseguró que el traslado del demandante acaeció de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, por lo cual formuló como excepciones las que denominó: “(...) *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. 2 a 26 Archivo 16 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 13 de junio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. En consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** “(...) *dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (...), el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM. 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. (...)*”. Así mismo, dispuso que **COLPENSIONES** reactivara la afiliación de la actora, y que, una vez recibidos los recursos provenientes del RAIS, sean tenidos como semanas válidamente cotizadas. Gravó en costas solo a **PORVENIR S.A.**

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** apeló la decisión arguyendo que el Juzgador no atendió lo señalado en Sentencias como las T-489 de 2010 y SU-130 de 2013 en torno al principio de sostenibilidad económica del sistema pensional, principio trazado desde la Constitución Nacional, considerando inviable que personas que no contribuyeron a la construcción de su derecho pensional, pretendan beneficiarse de un ahorro comunitario faltando menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, accediendo a una pensión financiada por ese sistema, pues ello iría en contra de los criterios de equidad y justicia material, en tanto se ven favorecidos a costa de lo cotizado por otros, no siendo cierto que con sus aportes y rendimientos sean sufragadas sus prestaciones, al no ser suficientes para ese fin.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** sostuvo que, contrario a lo sostenido por el Juzgado, al momento del traslado de la demandante su representada cumplió con el deber de información conforme lo establecido para la época por el Art. 97 Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos precisados en la sentencia corresponden a lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, el cual no estaba vigente a la fecha de su afiliación. Añadió que, conforme lo aceptó en su interrogatorio, la actora recibió información de la AFP sobre las características del RAIS (rentabilidad y transmisibilidad de los aportes por la vía hereditaria), aunado a que el interés de la parte por regresar al RPMPD se centra en la expectativa pensional, argumento que no es suficiente para declarar la ineficacia deprecada.

De otro lado, apuntó contra la condena tendiente a devolver los gastos de administración, al tratarse de un descuento legal, destinados precisamente al pago de las cuotas de administración, y los seguros previsionales para la pensión de invalidez y sobrevivencia,

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término oportuno, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, de acuerdo con las pruebas arrojadas, la parte actora no logró acreditar los supuestos de hecho y derecho para la declaratoria de la ineficacia pretendida, como quiera que, en su criterio, cada caso debe ser analizado a partir de sus circunstancias particulares, pese a que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha invertido la carga de la prueba en estos asuntos, sin exigir esfuerzo de la parte demandante.

Añadió que, la motivación de la demandante para regresar al RPMPD está fundamentada en una expectativa pensional, error de derecho que no tiene la virtualidad de viciar el consentimiento. Aseguró que la Jurisprudencia ha desconocido el precedente Constitucional, valiéndose de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, considerándolos la parte débil de la relación, al paso que, con la inversión en la carga de la prueba, los fondos no han podido satisfacerla, pues solo cuentan con los formularios de afiliación.

Expresó que en esta clase de litigios no están teniendo en consideración las etapas que a lo largo del tiempo ha tenido el deber de información con el Decreto 663 de 1993, Ley 1329 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 emanada de la Superintendencia Financiera, no siendo viable el análisis del cumplimiento de dicho deber con normatividad que no se hallaba vigente al momento del traslado de la demandante, pues ello derrumba el principio de confianza legítima, legalidad y el debido proceso.

Así mismo, conforme los artículos 48 y 334 CN, Sentencias C-596 de 1997, C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, resaltó la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema, solicitando finalmente que su representada no sea condenada en costas (Archivo 03 ED Tribunal).

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales expuso 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 de trasladarse nuevamente al RPMPD, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar a ese régimen, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

Manifestó que la exigencia de constancia documental de la asesoría 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 por parte del demandante de su deber de cuidado, 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 de llegar a revocarse la decisión de primer grado, no se imponga 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, que ha sido cumplida plenamente, y tal devolución generaría un enriquecimiento sin causa por la indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas, que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 04 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **SANDRA EUGENIA QUICENO GUTIÉRREZ** estuvo afiliada en pensiones al ISS, realizando aportes entre 1993 y 1998 (f. 15 a 21 Archivo 09 ED).
- (ii) Que el 5 de noviembre de 1998, la actora se trasladó a la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 27 a 42 Archivo 16 ED).
- (iii) Que el 2 de mayo de 2019 la señora **QUICENO GUTIÉRREZ** radicó formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición despachada desfavorablemente en oficio de la misma calenda (f. 22 a 24 Archivo 09 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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 lo anterior, 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 pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el 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 aquellos.

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 afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

De allí emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas,

desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 27 Archivo 16 ED), no logra extractarse nada 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, atendiendo su condición 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 a la posible afiliada, 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 la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella, 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 cualquier 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, circunstancia que no se desprende el interrogatorio de parte (Min. 39:00 a 58:53 Archivo 18 ED), en el cual no se observan afirmaciones de la actora que pueden considerarse como confesión en los términos del artículo 191 CGP, como lo considera la apoderada de **PORVENIR S.A.**

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 a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, pues se reitera que en

el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

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, cuando donde advierte que las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron vanas, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP, no hay razón para que **PORVENIR S.A.**, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD respecto de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, todo en procura de impedir la configuración del detrimento alegado por 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.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

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

En lo relativo a los **rendimientos** debe indicarse que estos se generaron sobre el capital

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

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado por su apoderada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos. Circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la 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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la Sentencia de primera instancia. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a MEDIO (1/2) 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: CONFIRMAR la Sentencia del 13 junio de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA