



SALA TERCERA LABORAL DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 012 2020 00185 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No.004

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°001 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia No. 055 del 04 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

Se reconoce personería a la abogada **DANIELA ECHEVERRY GARCÍA**, identificada con T.P. No. 275.505 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 10 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se condene a la AFP demandada a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y las cuotas de administración, debidamente indexados. **3)** Que se condene a **COLPENSIONES**, a recibirla en el RPMPD sin solución de continuidad **4).** Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, manifestó la PARTE DEMANDANTE que, nació el 27 de noviembre de 1964, indicando que inicio su vida laboral para el año 1985, afiliándose al sistema de pensiones administrado en su momento por el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**; continuó reseñando que en el año 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual, a través de

Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy **PORVENIR S.A.**, entidad que afirma no le brindó la debida asesoría, ni la información suficiente de las consecuencias que podía acarrear su decisión.

Finalmente, relató que presentó derecho de petición ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** el 02 de marzo de 2020 solicitando el traslado de sus aportes al RPMPD, petición que fue negada en oficios del día 04 y 19 de ese mismo mes y año respectivamente, (f.1 a 6 Archivos 02 ED).

CONTESTACIONES

El apoderado de **COLPENSIONES** propuso como medios exceptivos: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL, CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL C.C., DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTINIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 2 a 20 Archivo 11 ED).

El apoderado de **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: “(...) *PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COMPENSACIÓN (...)*” (f.2 a 24 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 055 del 04 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado de la demandante **SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO** del RPMPD al RAIS.

En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.**, “(...) *que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros de la señora SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO; de igual modo trasladar el porcentaje correspondiente a los 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.*

Posteriormente, ordenó a **COLPENSIONES** “(...) *reactivar la afiliación de la señora SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFP PORVENIR se reflejen en su historia laboral (...)*”. Finalmente, fulminó condena en costas a cargo de **PORVENIR S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, aduciendo que no puede darse aplicación a normas que se encontraban vigentes para la época de la afiliación de la demandante, pues para ese momento la información se brindaba de manera verbal, sin que existiera la obligación de dejar un soporte documental diferente al formulario de afiliación donde se constatará la asesoría brindada, documento que no fue tachado de falso, lo que hace entender que el traslado de régimen se materializó de forma válida.

Así mismo, sostuvo que no puede alegarse por parte de la señora SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO un desconocimiento de las características del régimen de ahorro individual y del de prima media, pues estas están establecidas en la Ley, sin que pueda alegarse el desconocimiento a su favor.

De igual forma, y en esa misma senda, explicó que con los actos de relacionamiento que fueron ratificados durante su vinculación, la demandante enseñó su deseo de continuar vinculada al RAIS.

De otro lado señala que, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se abstenga de ordenar la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración y sumas del seguro previsional, estos últimos porque fueron pagados a un tercero de buena fe, garantizando con ello la cobertura a los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Con respecto a los emolumentos descontados por cuotas de administración, sostiene que esto se hizo como contraprestación a la gestión prestada por la AFP, que permitió incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual, pues se generaron rendimientos a favor de la actora.

Expone que ordenar su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien también estaba autorizada para descontar dicho rubro en caso de haber permanecido afiliada allí la demandante; agregando que estas sumas de dinero no están destinadas a financiar la pensión de la accionante, por lo que puede aplicarse el fenómeno de la prescripción ante su reclamación.

En línea con lo anterior afirmó que, es el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el que define cuales son los emolumentos objeto de devolución de cara al traslado de régimen pensional, normativa que según aduce, solo dispone la obligación de reintegrar cotizaciones y rendimientos, sin que imponga la devolución de ningún otro concepto, deprecando igualmente porque no se emita condena a la indexación de tales rubros.

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 otorgado, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó alegatos manifestando que la demandante se trasladó, previa suscripción del formulario de afiliación, con lo cual se materializó un acto libre, espontáneo y sin presiones, cumpliendo así con los parámetros establecidos en el Decreto 663 de 1993. En ese sentido, adujo que el análisis de la información brindada por la AFP debe analizarse de acuerdo con la normatividad vigente para la época, sin que sea dable imponerles obligaciones y soportes documentales no previstos para en el ordenamiento para el momento del traslado, al tenor del artículo 29 CN, pues de lo contrario, se vulneraría el debido proceso. Acto seguido, explicó que en esta clase de procesos se invierte la carga de la prueba, condición que, indicó, exige igualdad entre las partes, en virtud de la buena fe y la lealtad procesal, citando el contenido de la Sentencia C-086 de 2016.

Afirmó que, además de no demostrarse que el traslado se hubiere dado por falta de información, dado que, como lo aceptó el demandante, el asesor del fondo le dio la asesoría que llevó a la firma del formulario, sin que resulte admisible que después de 20 años de su afiliación, la actora se interese por su situación pensional, añadiendo que se da una aplicación indebida al artículo 1604 código civil, ya que desatienden la prohibición relativa a que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, pasando por alto también las obligaciones correlativas de la accionante, expuesta en fallos como la SL Rad. 23656 de 2005 y SL2799-2014 y SL413-2018 (asuntos de responsabilidad patronal Art. 216 CST).

Por último, recordó que la actora está a menos de 10 años de la edad de pensión, según lo establecido en el artículo 2° de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, agregando que en materia de traslado de régimen debe considerarse lo establecido respecto del principio de sostenibilidad financiera en Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004,

C-086 de 2016, T-489 de 2010, SU-130 de 2013. En ese sentido, indicó que su representada no desplegó ninguna actividad omisiva o contraria a derecho.

Que, en el eventual caso de acceder a las pretensiones, se ordene la devolución integral de las cotizaciones efectuadas por la parte demandante, sin descuento de ninguna naturaleza (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 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 demandadas.

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

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 **SILVIA DEL PILAR GARCÍA CASTAÑO** estando afiliada al ISS, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** hoy **PORVENIR S.A.** el 20 de mayo de 1997 (f. 58-59 Archivo 13 ED).
- (ii) Que el 30 de octubre del año 2000 la demandante se trasladó dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual, a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f.60 Archivo 13).

- (iii) Que el 02 de marzo de 2020 solicitó a **PORVENIR S.A.** autorizara su regreso al régimen de prima media con prestación definida, petición a la que no accedió esta entidad en comunicado del 13 de marzo de esa misma calenda (f.14-15 Archivo 05 ED).
- (iv) En la misma senda deprecó también el 02 de marzo de 2020 a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, solicitud despachada desfavorablemente en oficio del 04 de marzo de esa misma anualidad (f.17 a 19 Archivo 05 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*».

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 la 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 y 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 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no es posible predicar que la selección hubiere tenido tales características.

Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas, los formularios de afiliación de la demandante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS y posteriormente a **PORVENIR S.A.** (f. 59-60 Archivo 13 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RMPD 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 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 entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, 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).

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 a estos, en consideración a su carácter de gestores profesionales del mercado financiero en el área pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Resáltese que, 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 posible afiliada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la usuaria como serían sus expectativas pensionales futuras, de vincularse a la entidad.

En igual sentido, 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, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la omisión de un despliegue probatorio mínimo 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar a la usuaria toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la misma la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, 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 para el afiliado.

Valga anotar que, si bien la demandante lleva afiliada 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 se produjo su traslado, 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, 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 que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS, que fueron ilusorias 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, independiente que 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.**, entidad en la que se materializó el traslado de régimen de la demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con esta, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° 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 a 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 afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de la demandada.

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 existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, 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 de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, de ahí que deba 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, todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por el apoderado de dicha entidad.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de la apelación, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta

inapropiada 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 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 devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**; y en cuanto a que ni el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ni el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, se precisa que no puede pasarse 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 de régimen imperfecto, que se reitera, no satisfizo las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, 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, y contrario a lo argüido por la AFP apelante, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por 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 bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle todo efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).

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, integrados allí 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 las cotizaciones involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que se itera, en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la 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 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 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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho 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 No.055 del 04 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

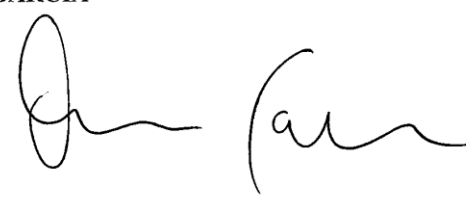
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA