



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MOISÉS ESTUPIÑÁN ANGULO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-020-2021-00126-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.024

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°004 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia del 27 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado **ALEJANDRO VASCO RUÍZ** identificado con T.P. No. 340.016 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de **COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

El señor **MOISÉS ESTUPIÑÁN ANGULO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, teniéndose válidamente afiliado al RPMPD sin solución de continuidad. **2)** Que, consecuencialmente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales que realizó, incluidos los rendimientos, sin ningún descuento por cuotas de administración. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** tener como válida, vigente y continua la afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 15 de febrero de 1964, afiliándose en pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones hasta el mes de noviembre de 1995, año en el que se trasladó al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** Sin embargo, manifestó que, dentro del trámite de traslado, la citada entidad no fue clara, ni precisa, frente a la información sobre la liquidación de su posterior mesada pensional, aludiendo que, de haber recibido una buena asesoría de la AFP, habría evidenciado que, dada su situación particular, le resultaba más beneficioso permanecer en el RPMPD. Expuso que en su momento el asesor enviado por el fondo se limitó a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado, aspectos a partir de los cuales podía llegar a tener una pensión con diversos beneficios económicos, pero en ningún momento se le puso de presente los riesgos que podría

correr al estar afiliado al RAIS, tampoco realizó una proyección de la futura mesada, misma que depende del capital ahorrado, punto en el que hizo énfasis a partir de las proyecciones económicas que muestran lo que sería la cuantía de la mesada en ambos regímenes, circunstancias por las cuales consideró que su afiliación al fondo privado se sustentó en un engaño

Que, el 29 de noviembre de 2021 solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara el traslado de régimen, petición negada por esta entidad (f. 2 a 12 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE NULIDAD Y/O INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA EN ERROR; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 10 Archivo 07 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación del demandante acaeció de forma consciente y espontánea, sin presiones o engaños de ninguna naturaleza. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE*. (...)” (f. 1 a 28 Archivo 09 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 27 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, entendiéndose afiliado sin solución de continuidad al RPMPD. En consecuencia, dispuso:

“(...) TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y para el Fondo de Solidaridad Pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación del demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a recibir los aportes que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. le devuelvan como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por el señor MOISES ESTUPIÑÁN ANGULO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 16.486.097, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. (...)”

Gravó con costas a **PORVENIR S.A.**

Para arribar a esta decisión, la Juzgadora argumentó que, tanto la línea legal como jurisprudencial relativa al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, precisan que, las administradoras de pensiones deben asesorar al afiliado, no solo al momento en que se afilian, sino también durante todo el periodo de vinculación pensional, otorgándose especialmente por las AFP de RAIS, la información completa y adecuada para la selección del régimen pensional; deber de información contemplado desde el Decreto 3466 de 1982, la Constitución Nacional y la Ley 100 de 1993, preceptos en los que se estipula expresamente la obligación de informar a los afiliados, a fin de que sus decisiones sean libres, conscientes y voluntarias; condiciones también indicadas en los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994.

Continuó haciendo una exposición de la pacífica de la jurisprudencia sobre el tema, citando como ejemplo lo concluido en Sentencia SL1688-2019, SL2611-2020 y SL4568-2021, pronunciamientos en los que se ha recabado en la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, correspondiéndole al fondo privado demostrar el cumplimiento del deber de información, por estar en mejor posición de hacerlo.

De ahí que, al no evidenciar el cumplimiento del deber de información por parte de **PORVENIR S.A.** en los términos indicados, concluyó en la procedencia de declarar la ineficacia del traslado, disponiendo la activación de su afiliación al RPMPD, con las consecuencias económicas descritas.

Recordó que no es posible en estos casos aplicar los efectos de la prescripción, en la medida que, desde el nacimiento del traslado, el acto es considerado ineficaz, y, por tanto, debiendo retornar las cosas al estado anterior, estando en cabeza del fondo pensional la devolución de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los gastos de administración, primas de seguro previsional, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión, para lo cual apuntó que el traslado del demandante al RAIS se dio de manera libre y voluntaria, cumpliendo con los requisitos legales establecidos para esa época, como puede constatare del formulario de afiliación suscrito, documento aprobado por la Superintendencia Bancaria, a partir de lo cual se forjó la confianza legítima en la entidad, más cuando los soportes documentales de la asesoría se exigen desde la Circular 016 de 2016 de la Superfinanciera, aunado a que el análisis en sede jurisprudencial del deber de información, viene desde 2008, siendo imposible para la AFP prever el alcance que se daría a las normas reguladoras del deber de información. Así mismo, expuso que el hecho de haber permanecido tantos años afiliado al RAIS, enseña su intención de pertenecer a este régimen.

En concordancia con lo expuesto, indicó que la motivación del actor para regresar a **COLPENSIONES** es netamente económica, cuestión que no da lugar a concluir el incumplimiento en el deber de información, más si se tiene en cuenta que, por disposición del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, esta demandada no podía rechazar la afiliación del actor.

Seguidamente, apuntó contra la devolución de los gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional, toda vez que estos rubros son descontados por disposición legal; los cuales cumplieron con su cometido, generando rendimientos en la cuenta de ahorro individual, mismos que al declararse la ineficacia, también deberían dejarse sin efectos, toda vez que al tener que devolverlos, la administradora del RPMPD recibiría estas sumas sin haber efectuado gestión de ningún tipo.

Finalmente solicitó que se declare la prescripción sobre todos los gastos de administración o sumas diferentes a cotizaciones y rendimientos, las cuales consideró susceptibles de verse afectadas por aquella figura.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** apeló manifestando que esta entidad es un tercero de buena fe en los negocios jurídicos celebrados entre la AFP y el demandante, en virtud de los cuales no puede resultar perjudicada por el error cometido por el afiliado, quien decidió afiliarse al fondo privado de manera libre y voluntaria, acto en el que no advierte la existencia de vicios del consentimiento, y, en consecuencia, no procede la ineficacia declarada, máxime teniendo en cuenta los efectos negativos que se generan para la entidad, con el hecho de recibir al demandante y asumir el reconocimiento de las prestaciones en su favor, las cuales no alcanzarían a solventarse con los recursos trasladados, lo que traería una descapitalización al RPMPD. En ese sentido, expuso que las AFP deben asumir las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión por vejez, conforme lo señalado en la Sentencia Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho

en su recurso de alzada, en lo concerniente a que, para el momento del traslado de la 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 cambiarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

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

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para 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 su 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 03 ED Tribunal).

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna. Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 a 167 CGP.

Señaló como improcedente la pretensión de traslado, por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad pensional, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en riesgo con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo establecido en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

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 sin descuento alguno (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 previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **MOISÉS ESTUPIÑÁN ANGULO** estuvo afiliado en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones en el año 1995 (f. 281 a 285 Archivo 08 ED).

- (ii) Que el día 19 de septiembre de 1995 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 66 a 82 Archivo 02 ED).
- (iii) Que el 29 de enero de 2021 el actor solicitó a **COLPENSIONES** el traslado al RPMPD, petición negada por esa entidad en comunicado de la misma calenda (f. 83 a 89 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 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 anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al asegurado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

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

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 82 Archivo 02 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 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 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 tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto 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 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 **PORVENIR S.A.** 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 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 con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

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

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.

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 en la alzada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a

estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

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

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

En este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas. No obstante, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, 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).

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

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmandose en lo demás la providencia. 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 la Sentencia el 27 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.


- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: 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