

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL  
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

|                   |  |
|-------------------|--|
| PROCESO           | ORDINARIO                                |
| DEMANDANTE        | SERGIO DE JESÚS VELÁSQUEZ ACOSTA         |
| DEMANDADOS        | COLPENSIONES y PORVENIR S.A.             |
| PROCEDENCIA       | JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN |
| RADICADO          | 05001-31-05-012-2020-00263-01            |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN y CONSULTA                     |
| TEMAS Y SUBTEMAS  | - Ineficacia de Traslado de Régimen      |
| DECISIÓN          | CONFIRMA                                 |

SENTENCIA No.021

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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderado de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 082 del 26 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **SERGIO DE JESÚS VELÁSQUEZ ACOSTA** 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 que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que, consecuencialmente, se ordene su afiliación al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**.

Fundamentó sus pedimentos en que, se afilió por primera vez al sistema de pensiones a cargo del ISS en el año 1989, entidad en la que permaneció hasta 2001 cuando se trasladó al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, decisión la cual señaló, se materializó previos cálculos financieros exagerados e irreales, pues la AFP omitió exponerle las consecuencias que traería la decisión de trasladarse, situación evidenciable en la diferencia de mesadas en ambos regímenes. En ese sentido, indicó que no existe documento que dé cuenta de la explicación suficiente sobre las implicaciones del traslado, renunciando incluso a derechos adquiridos, incumplimiento que da lugar a restituir su situación al estado inicial.

Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **PORVENIR S.A.** y a **COLPENSIONES** autorización para trasladarse a esta última, petición negada por ambas entidades (f. 2 a 4 Archivo 01 ED).

## POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación del demandante acaeció de forma libre e informada, luego de ser ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 24 Archivo 11 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN y IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 27 a 37 Archivo 12 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 082 del 26 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, entendiéndose, para todos los efectos y sin solución de continuidad, afiliado a **COLPENSIONES**. En consecuencia, dispuso:

*“(...) SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. representada legalmente por la doctora Gloria Margarita Rodríguez Uribe o por quien haga sus veces, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros del señor SERGIO DE JESÚS VELÁSQUEZ ACOSTA, de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE., representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a reactivar la afiliación del señor SERGIO DE JESÚS VELÁSQUEZ ACOSTA, 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 S.A., se refleje en su historia laboral. (...)”*

Gravó con costas a **PORVENIR S.A.**

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, la posición Jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado está ampliamente decantada, señalando que, la libre escogencia de régimen pensional tiene como presupuesto inexorable que el fondo dispuesto a recibir al afiliado cumpla con sus obligaciones profesionales, direccionadas a que el ciudadano obtenga un conocimiento sobre el régimen al que pretende vincularse, así como las consecuencias de su decisión, las cuales debe garantizar la AFP, condiciones introducidas desde la misma Ley 100 de 1993. Anotó que, esa obligación de asesoría es ineludible, argumentos reforzados con lo dicho en Sentencia SL1452-2019, SL1688-2019 y SL2611-2020, teniendo entonces la entidad de pensiones la carga de demostrar que proporcionó la debida asesoría, situación evaluada al momento del primer acto, el cual no puede ser saneado más adelante. Así mismo, expuso que el deber de información no se acredita con el formulario de afiliación arrimado al proceso.

En ese sentido, expuso que, en el presente asunto, **PORVENIR S.A.** no acreditó haber suministrado una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar ineficacia del traslado realizado por este, con las consecuencias económicas anotadas, sin

que admisible la excepción de prescripción.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión para lo cual apuntó que, contrario a lo sostenido en la sentencia, el actor sí conocía la información que a lo largo del proceso adujo desconocer, citando para ello el artículo 9° del código civil a efectos de anotar que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, argumento por el cual esgrimió que la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones con regímenes existentes pero excluyentes a la vez, de lo cual el actor debía conocer la información para tomar la decisión de trasladarse de régimen, sin poder alegar que la AFP abusó de una posición dominante, insistiendo en que a la parte le asistía la obligación de conocer la ley, en tanto la observancia de esta no puede quedar a merced de cada persona. Que sumado a lo anterior, aparece el formulario de afiliación firmado por el actor, documento que se presume auténtico, lo que no fue desvirtuado en el proceso.

Que no procede el traslado de los gastos de administración, deducción que también opera en el RPMPD, los cuales no forman parte de la pensión de vejez, al paso que están sujetos a prescripción. De otro lado, agregó que la Superintendencia Financiera en concepto de 2020 expuso que los únicos rubros a devolver son los obrantes en la cuenta de ahorro del afiliado, entre los que no se cuenta lo destinado a la prima de seguro previsional, como quiera la aseguradora cumplió con el deber de mantener la cobertura del demandante durante su afiliación, aunado a que, respecto de los gastos de administración, la entidad siempre cumplió con su gestión, los cuales, de tener que devolverse, generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de **COLPENSIONES**, pues la norma es clara que (Art. 113 Ley 100 de 1993), en señalar cuales son los recursos a devolver en escenarios de traslado de régimen, no procediendo condena para la devolución de tales sumas, pues de concluirse esto, también el demandante estaría en la obligación de reembolsar los rendimientos causados en este tiempo.

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

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó no acoger la ineficacia solicitada, toda vez que el demandante está inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Además, expuso que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2005, desarrollado en Sentencias como la T-489 de 2010. 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 (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 en el régimen privado, resaltando que, de su parte, garantizó el derecho de retracto a la 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 dineros a trasladar son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide disponer la devolución de 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. Por último, atacó la indexación de los rubros ordenados, cuestión excluyente de la rentabilidad generada a raíz de la administración de la AFP, que ha sido superior a las deducciones realizadas (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 **SERGIO DE JESÚS VELÁSQUEZ ACOSTA** estuvo afiliado en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1989 y 2001 (f. 38 a 49 Archivo 12 ED).
- (ii) Que el 26 de junio de 2001 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 71 a 73 Archivo 11 ED).
- (iii) Que el 14 de febrero de 2020 el actor solicitó a **COLPENSIONES** el traslado al RPMPD, petición negada por esa entidad en comunicado del 17 de febrero de esa anualidad (f. 19 a 21 a 23 Archivo 01 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

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

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales

que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le 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. 73 Archivo 11 ED), realmente nada se logra extraer 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, como lo anotó **PORVENIR S.A.**, 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, circunstancia que no emerge del interrogatorio de parte (Min. 29:40 a 40:30 Archivo 21 ED), en el cual no se observan afirmaciones del actor que pueden catalogarse de confesión en los términos del artículo 191 CGP, como lo considera la demandada **PORVENIR S.A.**, toda vez que únicamente aceptó haber recibido información sobre las ventajas del RAIS.

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 la razón a las demandadas, pues se reitera

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

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, estima la Sala que al no haberse demostrado por parte de **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 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **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.

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

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran



a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia recurrida. 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: CONFIRMAR** la Sentencia No. 082 del 26 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

**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