

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	YOLANDA BORJA LÓPEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-016-2019-00748-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACION Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISION	ADICIONA

SENTENCIA No.016

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°003 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia No. 214 del 14 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **YOLANDA BORJA LÓPEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad de su afiliación al RAIS. **2)** En consecuencia, solicitó condenar a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los aportes realizados por aquella, incluidos los rendimientos, sin ningún descuento por cuotas de administración. **3)** Así mismo, peticionó que se ordene a **COLPENSIONES** a tener como válida su afiliación al RPMPD. **4)** Finalmente, solicitó se condene en costas a las demandadas.

Como sustento a sus pedimentos, manifestó la accionante que nació el 11 de agosto de 1966, vinculándose inicialmente en pensiones al Régimen de Prima Media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, indicando que para el año de 1997 se trasladó al fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., afiliándose con posterioridad a la AFP PORVENIR S.A., expresando que estos dos últimos fondos pensionales no fueron claros, ni precisos frente

a la información del estado final de su pensión, al momento en que se efectuó el traslado a este régimen pensional, violentando con ello no solo el deber de información, sino también los principios de buena fe y transparencia, agregando que no se le explicó de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada al RAIS frente a los del RPMPD, incumpliendo con las obligaciones establecidas en el Decreto 656 de 1994. Finalmente, afirmó que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES deprecando se autorizara su traslado de nuevo a este régimen, petición despachada desfavorablemente por la demandada (f.1 a 9 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN.* (...)” (f. 1 a 10 Archivo 10 ED).

Por su parte, el togado de **PORVENIR S.A.**, resistió el éxito de los pedimentos de la demanda, y propuso como medios exceptivos: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE* (...)” (f. 1 a 28 Archivo 18 ED).

De otro lado, **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones del proceso formulando las siguientes excepciones de mérito: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CAUSA DE FALTA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSO PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE*” (...) (f. 1 a 23 Archivo 23 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 214 del 14 de junio de 2022, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR INEFICÁZ la afiliación de YOLANDA BORJA LOPEZ realizada a PROTECCIÓN S.A. el 28 de enero de 1997, conforme a lo expuesto en la considerativa. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media.

SEGUNDO: Se ORDENA a PROTECCIÓN S.A., trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Se ORDENA a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., devolver a prima media, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos de administración ni aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir efecto jurídico alguno dicho traslado.

Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de ésta sentencia.

CUARTO: Se **ORDENA** a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación de la demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por **PORVENIR** y **PROTECCION**.

Se autoriza a **COLPENSIONES**, realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la parte demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.

QUINTO: Respecto de las excepciones propuestas por **COLPENSIONES**, me abstengo de resolverlas toda vez que no hace parte del negocio jurídico que se declara ineficaz, y por lo mismo no será condenada en Costas.

En relación con las excepciones propuestas por **PROTECCION** y **PORVENIR**, se declaran no probadas conforme a lo expuesto en la considerativa.

SEXTO: SE **CONDENA** en costas a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, Se fijan como agencias en derecho la suma de **CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4.000.000.00)** Se ordena que por secretaría se liquiden las mismas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso. Se precisa que corresponde a cada uno de los fondos pagar la suma de **DOS MILLONES DE PESOS (2.000.000.00)** por agencias en derecho (...).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, solicitando se revoque íntegramente la sentencia de instancia, tras considerar que, al momento del traslado efectuado con la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, esta entidad cumplió con el deber de información que se exigía para la época, dando cumplimiento al contenido del artículo 97 del Decreto 667 de 1993, sin que se pueda obligar a los fondos privados a cumplir con previsiones de normas posteriores y que no se encontraban vigentes, debiéndose tener en cuenta entonces que para la calenda en que acaeció el traslado de régimen no era obligación contar con prueba documental alguna que mostrara la información suministrada, como quiera que esto se podía probar con el formulario de afiliación.

En ese mismo sentido, sostuvo que del interrogatorio de parte se puede desprender que en efecto a la demandante se le brindó la información pertinente al momento del traslado de régimen pensional por parte de **PROTECCIÓN S.A.** quien fue la entidad con quien se vinculó inicialmente la demandante en el RAIS, estando demostrado entonces que la demandante se trasladó con toda la información pertinente.

En consecuencia, solicita sea revocada la decisión respecto a la devolución de los gastos de administración y las sumas del seguro previsional, durante el tiempo que estuvo afiliada a **PORVENIR S.A.**, como quiera que este fondo pensional realizó una buena gestión en el cuidado de los aportes realizado por la actora, generando incluso rendimientos, aduciendo frente a los emolumentos por seguros previsionales, que estos ya no reposan en las arcas de la entidad y fueron entregados a un tercero de buena fe, quien se encargaba del cubrimiento de las contingencias de invalidez o sobrevivencia, deprecando también se revoque la condena por agencias en derecho.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida, la mandataria de **PORVENIR S.A.** alegó que no hay razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado deprecado, en la medida en que la entidad cumplió con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, dado que le entregó a la parte la información relacionada con el RAIS, sin que exigiera la acreditación

documental de información, dado que esta exigencia surgió con la Circular No. 016 de la Superintendencia Financiera, añadiendo que obligaciones de doble asesoría o del buen consejo surgieron entre 2010 y 2014, conforme lo señaló la jurisprudencia en sentencias SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3464-2019. Agregó que no se puede beneficiar la demandante de su propia culpa, pues no hizo preguntas o indagaciones al momento de la suscripción del formulario.

De otro lado, expuso que, de considerarse la confirmación de la decisión, debe revocarse lo atinente a la devolución de lo descontado por gastos de administración, deducidas por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con los cuales se cumplió su cometido, esto es, la generación de rendimientos y cubrimientos de riesgos de invalidez y muerte, cuestiones que no pueden retrotraerse. Por último, repitió su postura en cuanto a las restituciones mutuas, y la afectación a la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional (Archivo 03 ED Tribunal).

Finalmente, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó no acoger la ineficacia solicitada, toda vez que la demandante está inmersa 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 04 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

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

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 que se desglosan de las cotizaciones de la afiliada durante el periodo de su permanencia en el fondo privado.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que estando afiliada en materia de pensiones al ISS entidad en la que realizó aportes a pensión entre el año de 1987 a 1997, el 28 de enero de 1997 la señora **YOLANDA BORJA LÓPEZ** decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 26 f. 9 Archivo 24 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación al RAIS, el 08 de noviembre de 1999, suscribió solicitud de vinculación a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (f. 1 Archivo 19 ED).
- (iii) Que el 21 de septiembre del año 2000 la actora decidió regresar nuevamente a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad en la que permanece afiliada en la actualidad.
- (iv) Que el 10 de octubre de 2019 la actora presentó ante **PORVENIR S.A.** derecho de petición para que se autorizara su traslado del RAIS al RPMPD, la cual fue despachada desfavorablemente el 31 de octubre de esa anualidad (f. 40 a 49 Archivo 04 ED).

- (v) Que efectuó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** el 11 de octubre de 2019 solicitando autorización para retornar al RPMPD, misma que fue negada en comunicado de la misma calenda (Archivo 26 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 público y privado de pensiones. Lo anterior les implica 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 aquellos.

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

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

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** (f. 09 y 01 Archivos 24 y 19 ED), nada logra extractarse 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con 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). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, atendiendo su condición de gestores profesionales del sector financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida a la posible afiliada, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante a vinculación. Un ejercicio sensato que evidenciara para aquel, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique, contario a lo argüido por parte de **PORVENIR S.A.**.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, su 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 afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando 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, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN 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 la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de la AFP 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, no hay razón para que **PROTECCIÓN S.A.**, ente al que se encuentra afiliada la actora, no traslade al régimen de prima

media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la 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, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **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, SL3465-2022, SL3853-2022.

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

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

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

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, 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.

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, y como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** que también traslade lo descontado por prima de seguro previsional y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que junto a los gastos de administración, deben ser reintegrados de manera indexada, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

De igual forma, y para mayor claridad de los recursos que se están trasladando al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se dispondrá que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

Luego, se advierte procedente revocar parcialmente el numeral cuarto de la Sentencia apelada, respecto a la autorización otorgada a COLPENSIONES para realizar un “*cálculo de equivalencia*”, en tanto que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital que debe recibir COLPENSIONES con destino al Fondo Común que se constituye para financiar las pensiones del régimen de prima media; teniendo en cuenta que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, con la orden impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, de trasladar igualmente, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, y que se deben integrar al Fondo común que administra COLPENSIONES para garantía de las pensiones del régimen de prima media, se está garantizando que el fondo pensional público reciba todos los valores que debió percibir en el evento en que la accionante hubiere permanecido afiliada a esa entidad. Además que tampoco quedó establecido el detrimento o desmedro de los aportes que se acumularon en el RAIS.

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, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo deprecado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se

define cual extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará y revocará de manera parcial la sentencia en los aspectos descritos y se confirmará en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 214 del 14 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Deciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por primas de seguros previsionales y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, sumas de dinero que al igual que los gastos de administración deben ser devueltos de manera indexada.
- Así mismo, se **ORDENA** que, al momento de cumplirse lo ordenado, los conceptos objeto de devolución por parte de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, se especifiquen, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto, en lo que respecta a la autorización a **COLPENSIONES** de realizar el cálculo de equivalencia, conforme a lo considerado en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA