



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLAUDIA LUCÍA RUÍZ ARROYAVE
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00197-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 070

Medellín, veintiocho (28) de abril 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°010 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 338 del 27 de septiembre de 2022, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA LUCÍA RUÍZ ARROYAVE** 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 al Régimen de Ahorro Individual. **2)** Que consecuencialmente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones realizadas por el demandante, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos que se hubieren causado y la comisión de administración de la cuenta. **3)** De otro lado, peticionó ordenar a **COLPENSIONES**, reciba dichos aportes y autorice el regreso de la actora al RPMPD sin solución de continuidad. **4)** finalmente, deprecia se fulmine en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que, inicialmente estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**, a partir del 08 de julio de 1992, entidad a la que cotizó un total de 134 semanas.

Así mismo manifiesta que, para el mes de abril de 1996 laborando para la empresa Proyectos y Servicios de Ingeniería S.A., se trasladó al Régimen de Ahorro Individual

administrado por **PORVENIR S.A.**, señalando que los funcionarios de esa última entidad no le brindaron la debida asesoría, no le explicaron las modalidades de pensión existentes, el procedimiento para la redención del bono pensional, tampoco se le expusieron los requisitos para lograr la pensión anticipada de vejez, ni mucho menos se le realizó un cuadro comparativo de cuál sería su mesada pensional en uno y otro régimen, ni se le manifestaron las ventajas y desventajas de su decisión.

Luego sostuvo que, para el año 2020, la AFP demandada realizó una proyección pensional, donde se le informó que su mesada pensional a los 57 años sería equivalente al SMMLV; sin embargo, que en COLPENSIONES podría alcanzar la suma de \$1.590.546. finalmente aduce que, presentó solicitud de traslado de régimen ante COLPENSIONES el 05 de junio del año 2020, la cual fue despachada desfavorablemente, tras manifestarle la entidad que se encontraba a menos de 10 años para obtener su derecho pensional (f. 1 a 11 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, IMPOSIBILIDAD JURIDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE Y PRESCRIPCIÓN* (...)” (f.2 a 18 Archivo 07 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** propuso como medios exceptivos los siguientes “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDOPOR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y BUENA FE* (...)” (f.2 a 20 Archivo 11 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No.338 del 27 de septiembre de 2022, decidió:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación de **CLAUDIA LUCIA RUIZ ARROYAVE** a **PORVENIR S.A.** realizada el **03 de abril de 1996**, por lo expuesto en la parte considerativa. **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media.

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

TERCERO: Se ORDENA a **PORVENIR S.A.**, devolver al régimen de prima media, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, frutos e intereses, sin que pueda retener gastos de administración, ni los 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 esta providencia.

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

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 participó en el acto jurídico que se declara ineficaz. Y por lo mismo tampoco será condenada en Costas. En relación con las excepciones propuestas por PORVENIR, se declaran no probadas.*

SEXTO: CONDENAR en costas a **PORVENIR S.A.**, Se fijan como agencias en derecho la suma de **DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00)**. Se ordena que por secretaría se liquiden las mismas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso. (...)”.

Como sustento de su decisión sostuvo el A quo que del acervo probatorio arrojado no logra establecerse las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio el traslado de la demandante de régimen pensional y su consecuente afiliación a **PORVENIR S.A.**, como quiera que no se vislumbra que a la actora se le hubiere brindado la información que apareja la norma en este sentido.

Advera que no hay confesión alguna en el interrogatorio de parte que así lo demuestre, sin que se cuente con otra prueba indicativa del cumplimiento del deber de información, señalando que es la misma Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que ha indicado que es deber del fondo pensional probar que cumplió a cabalidad con sus obligaciones, especialmente la del buen consejo.

En consecuencia, manifestó que los efectos de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado ya son bien conocidos en este tipo de procesos, debiendo la AFP realizar la devolución al fondo público, de las cotizaciones completas de la afiliada junto con los rendimientos y gastos de administración.

RECURSOS DE APELACIÓN

DE LA DEMANDADA AFP PROTECCION SA. La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión de manera parcial, en contra del numeral cuarto, respecto al cálculo de equivalencia que ordenó realizar a COLPENSIONES al momento del traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la señora **CLAUDIA MARÍA DUQUE LÓPEZ**, como quiera que dicha orden se realiza bajo suposiciones y no se tiene en cuenta siquiera la prueba arrojada al expediente, que demuestra que en los aportes ahorrados por la afiliada se vieron reflejados unos rendimientos que actualizan o traen a valor presente los dineros ahorrados por la usuaria, sin que este probado el detrimento que se aduce por el Juez de instancia que amerite dicho cálculo.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 101 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de **PORVENIR S.A.** exponiendo 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).

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 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.

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 la señora **CLAUDIA LUCIA RUÍZ ARROYAVE** estando afiliada en pensiones al ISS entidad a la que realizó cotizaciones entre 1992 y 1996, decidió trasladarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** el 04 de marzo de 1996 (f. 2 a 6 y 2 Archivos 10 y 12 ED).
- (ii) Que el 05 de junio de 2020 la demandante diligenció formulario de afiliación a **COLPENSIONES** entidad que negó esta solicitud en oficio de la misma calenda (f. 7 y 9 Archivo 10 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 encargadas, entre otras cosas, de 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 (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

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 SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la 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 génesis 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 (CSJ SL 1688-2019).

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, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, 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 (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación 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 (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido que, la mera firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo 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 (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la ineficacia y no desde la nulidad, centrándose el análisis de la libertad

afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP, que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual al tenor del artículo 43 CST que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, 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 (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, ningún elemento probatorio se adosó al plenario del que pudiera extractarse cual fue la información brindada al usuario 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, circunstancias por las que no se evidencia que se hubiese brindado la 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.

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 en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, pues ni siquiera se allegó el formulario de afiliación del actor suscrito a este último régimen, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que tampoco

emerge del interrogatorio de parte (Min. 08:08 a 16:24 Archivo 18 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

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 de los afiliados.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el actor 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 (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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.** entidad con la cual se materializó el traslado al Régimen de Ahorro Individual, 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.

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 apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios efectuados a los diversos fondos privados, ello por cuanto el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al *statu quo*, lo que representa que la situación se retrotrae al estado en que se hallaría de no haberse presentado el cambio de sistema pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

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** entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad, 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. (CSJ SL2877-2022)

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. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022).

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A** pues, 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.

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 contratados 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 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.

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. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021)

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 **PORVENIR S.A.** que también traslade lo descontado por *primas 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).

De otro lado, en lo referente a la equivalencia que se ordenó en sentencia para que fuera asumida por la AFP punto apelado por esta, es preciso indicar que, la ineficacia declarada no puede quedar sujeta a dicho cálculo, por la potísima razón de que este no es el efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, pues pese a requerirse la actualización de dichos aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra COLPENSIONES, la solución acogida por la Alta Jurisprudencia a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la indexación de las condenas, tal como se indicó en líneas anteriores, medida reiterada, por ejemplo, en Sentencia SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Este aspecto, se resalta, debe ser revocado, a efectos de ajustar la decisión acorde a lo concebido desde el precedente del Órgano de Cierre en materia Ordinaria, que, itera la Sala, está direccionado precisamente a la devolución de todo lo recibido, con la actualización económica de los rubros descritos (SL2877-2020 y SL1442-2022).

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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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 adicionará y revocará la sentencia en los aspectos descritos y se confirmará en lo demás. Sin costas en esta instancia.

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.338 del 27 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **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 que al igual que los gastos de administración deben ser devueltos de manera indexada.
- **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: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia enunciada, en cuanto dispuso efectuar un cálculo de equivalencia de los aportes entre regímenes, relevando a la entidad de esta específica obligación.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia consultada.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA