

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

|                   |  |
|-------------------|--|
| PROCESO           | ORDINARIO                                  |
| DEMANDANTE        | HÉCTOR JAIME HENAO MONTOYA                 |
| DEMANDADOS        | COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.               |
| PROCEDENCIA       | JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN |
| RADICADO          | 05001-31-05-009-2023-00075-01              |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN y CONSULTA                       |
| TEMAS Y SUBTEMAS  | Ineficacia de Traslado de Régimen          |
| DECISIÓN          | CONFIRMA                                   |

SENTENCIA No. 252

Medellín, treinta y uno (31) de octubre 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°033 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 21 de junio de 2023, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería al abogado **NESTOR EDUARDO PANTOJA GÓMEZ**, identificado con T.P. No. 285.871 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de **COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 04 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **HÉCTOR JAIME HENAO MONTOYA** 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, disponiéndose su retorno al primero. **2)** Que consecuentemente, se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el valor de los aportes recibidos por la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. **3)** Así mismo, instó que se ordene a **COLPENSIONES**, recibir los dineros que se imponga trasladar e incorporarlos en su historia laboral, **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que, se traslado del RPMPD al RAIS el 01 de abril de 2006, entidad que asegura omitió la obligación del buen consejo al no brindarle una

información clara y completa sobre los beneficios y desventajas de su decisión. Finalmente, señala que el 24 de enero de 2023 solicitó a COLPENSIONES que aceptara su traslado de régimen pensional, petición que fue despachada desfavorablemente el día 26 de esa misma mensualidad (f.3 a 6 Archivo 02 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

**PORVENIR S.A.** presentó oposición a la demanda, y propuso como medios exceptivos los siguientes: “(...) *PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN Y RESTITUCIONES MUTUAS* (...)” (f.2 a 25 Archivo 05 ED).

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE COLPENSIONES E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 9 Archivo 06 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia del 21 de junio de 2023, dispuso:

“(…) **PRIMERO:** *DECLARAR ineficaz el cambio o el traslado del sistema pensional de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual que realizó el señor HÉCTOR JAIME HENAO MAYA identificado con CC. 71.650.715 en consecuencia, declarar que siempre ha permanecido afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.*

**SEGUNDO:** *Se CONDENA a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante el señor HÉCTOR JAIME HENAO MAYA junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y contar con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, 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 justifique.*

**TERCERO:** *Se CONDENA a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por el señor HÉCTOR JAIME HENAO MAYA en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS, el IBC que fueron efectivamente cancelados.*

**CUARTO:** *Se DECLARA no prosperas ni procedentes las excepciones que fueron propuestas por las entidades codemandadas de conformidad con los argumentos que anteceden.*

**QUINTO:** *Se CONDENA en costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A., se fijan agencias en derecho a favor del demandante por la suma de \$2.320.000, no se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.*

**SEXTO:** *Se concede a favor de COLPENSIONES el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no se haga uso del recurso de apelación. (...)”.*

Para arribar a esta decisión, la Juez de primer grado sostuvo que, a fin de resolver la temática estudiada, debía acudir a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, Decreto 720 de 1994, la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009 y la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral consolidada en Sentencias como la SL3156 de 2022 y SL3465 de 2022, a efectos de indicar que las afiliaciones a las AFP deben darse informadas, de manera inexorable, debiendo el fondo estudiar las circunstancias particulares de la persona a fin de determinar si ello es conveniente o no, con la explicación detallada de las condiciones para acceder a los beneficios económicos del RAIS y sus diferencias con el RPMPD (SL1689-2019).

Que en circunstancias donde se alega el incumplimiento del deber de información, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo, para el que no basta con aportar el formulario de afiliación, al no ser plena prueba del consentimiento informado (SL1055-2022). Así mismo, expuso que nada tiene que ver que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición para acceder a la ineficacia, y que la acción no se ve afectada por la prescripción (SL1452-2019, SL1688-2019 y SL2611-2020).

Expuso que, en el caso del demandante, la AFP **PORVENIR S.A.** accionada no brindó la debida asesoría en los términos que establece la basta Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que hay lugar acceder a la ineficacia del traslado deprecada con la posterior remisión de los valores que integran la cuenta de ahorro individual del actor.

### RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión, específicamente en contra del numeral segundo del proveído emitido, señalando que no hay lugar a realizar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, aduciendo que estas sumas de dinero no entran a integrar la pensión que se causaría en favor del demandante, dineros que la Ley 100 de 1993 autoriza descontar en contraprestación de la buena gestión de la entidad respecto de la administración de los recursos que integran la cuenta de ahorro individual del actor y que han generado incluso rendimientos, agregando que la devolución de estos emolumentos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de **COLPENSIONES**.

Así mismo manifiesta que, no hay lugar a indexar dichos valores, pues la sumas objeto de devolución ya se encuentran actualizadas monetariamente con los rendimientos, generándose entonces una doble condena a la AFP.

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 legal el apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó alegatos de conclusión, solicitando sea adicionada la decisión de primera instancia en el sentido de condenar en Costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554.

Lo anterior a razón del desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas, cumpliendo así, los objetivos que en materia de justicia impone la Carta Magna de 1991 (Archivo 03 ED).

Por su parte el togado de **COLPENSIONES** hizo alusión a la inoponibilidad, entendida como la ineficacia de un acto o la ineficacia de una nulidad frente a terceros, es decir, que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso

Colpensiones, figura que constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de Colpensiones se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que con dicha inoponibilidad se pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Luego, sostuvo que en caso de no aceptarse la tesis de la inoponibilidad, se debe evaluar por los jueces la proporcionalidad de la medida que se adopta con la ineficacia del traslado, y ponderar los bienes jurídicos en tensión, para adoptar otra medida, consistente en que sea la AFP quien asuma las cargas económica, o que los dineros que se trasladen al RAIS, los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación en los términos actuariales previstos para el RPM.

De otro lado, trajo a colación lo considerado en la Sentencia SL 373 de 2021 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la cual moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual.

Así pues, indica que, si el demandante tiene una situación jurídica consolidada o se encuentra pensionado solicita no se declare la nulidad o ineficacia de traslado, reiterando que, en caso de salir abantes las pretensiones de la parte demandante se devuelvan todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cuotas de administración, rendimientos y utilidades entre otros (Archivo 04 ED).

En su oportunidad, **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 897 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 54 CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia del afiliado en el régimen privado, resaltando que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los recursos a trasladar solo son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas; para lo que cita como fundamento legal de su postura el artículo 1.746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, mencionando de entrada, que no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional (Archivo 05 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, precisa y completa 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. De igual

manera, se verificará si hay lugar a la indexación de los valores objeto de devolución ordenados en la Sentencia de Primer Grado.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **HÉCTOR JAIME HENAO MAYA** estuvo afiliado en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1986 y 2004 (f. 11 a 16 Archivo 06 ED).
- (ii) Que el 16 de febrero de 2006 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, (f. 72 Archivo 05 ED).
- (iii) Que el 24 de enero de 2023 el demandante solicitó a **COLPENSIONES**, autorizara su traslado al RPMPD, petición a la que no accedió esta entidad en oficio del día 26 de esa misma mensualidad (f. 11 a 15 Archivo 02 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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).

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. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiese traer en el futuro pensional. (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 sola 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 se instituye 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, excluyendo 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 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 (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 72 Archivo 05 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúnesé 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, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte al demandante (Min. 31:24 a 42:16 Archivo 05 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

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, pese a la antigüedad de la afiliación del demandante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (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.**, 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.

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 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.**, 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 a la 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 esbozado por el apoderado 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. 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).

Arguyó igualmente la apoderada de **PORVENIR S.A.** que la *indexación* de los valores atinentes a *gastos de administración* es incompatible con la devolución de los *rendimientos*, pues en su sentir comporta una doble erogación.

Frente a tal aspecto anota la Sala, en contravía de lo argüido por la recurrente, que no resulta discordante la condena a ambos conceptos, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencias CSJ SL2611-2020, SL 4811-2020, SL3207-2020, SL1688-2019, SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021 y SL3769 de 2021), y además está fijada sobre un importe diverso a aquel sobre el cual se causaron los rendimientos.

Se precisa en relación con los *rendimientos*, que estos se generan exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual*, por expreso mandato legal; y de otra parte se ubican los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos que también comprenden las cotizaciones efectuadas al RAIS, y sobre los que ningún rédito adicional se genera, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

Así queda dilucidado que, al tratarse de diversas erogaciones, exigen una determinación precisa para cada uno respecto de su reconstrucción o beneficios; por una parte, los *aportes*, que generaron unos *rendimientos*, que además se estipulan como un imperativo legal, disponiéndose incluso por el legislador un importe mínimo para este efecto, de allí que no pueda tenerse como una dádiva o beneficio extraordinario ofrecido por el administrador; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

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 allí, 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 ilación con lo antedicho, 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.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, junto con 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, 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 pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (CSJ SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede 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 del 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Novena Laboral del Circuito de Medellín.

**SEGUNDO:** Las **COSTAS** están 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**