

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARCELA MARÍA MERCADO REYES
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00098-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de traslado de régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 049

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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° 008 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN formulado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia N° 044 del 20 de febrero de 2024, proferida por el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **MARCELA MARÍA MERCADO REYES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, teniéndola válidamente afiliada al primero. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes efectuados, los rendimientos, así como los gastos de administración. **3)** Seguidamente peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que valide los aportes efectuados en el RAIS, y la tenga como válidamente afiliada a esta entidad.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 30 de julio de 1971, que inicialmente estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Bogotá; posteriormente, en el mes de julio de 1998 se afilió al Régimen de Ahorro Individual, vinculándose a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y luego a **PORVENIR S.A.**, entidad que administra actualmente sus aportes. Asevera que estas entidades no le brindaron la ilustración suficiente sobre la liquidación de su pensión y los requisitos para obtenerla; asegura que las demandadas no tuvieron en cuenta sus condiciones particulares, y se limitaron a informarle sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado, que le podrían dar lugar a una excelente pensión, con diversos beneficios económicos, resaltando también que, no le fue realizado un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, pues ni siquiera le fueron indicadas las diferencias de ambos

regímenes, la posibilidad de retractarse, los factores a tener en cuenta en el RAIS con influencia en el derecho pensional, y lo relacionado con las características del bono pensional, señalando que le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir se realizó el traslado mediante un engaño, sustentando la decisión de la afiliación en premisas que no se ajustaban a la realidad financiera.

Finalmente sostiene que solicitó a **COLPENSIONES** el 07 de abril de 2021 autorización para trasladarse al RPMPD, petición despachada desfavorablemente mediando oficio de la misma calenda (f. 2 a 13 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** expuso que el traslado de la demandante se hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, cumpliendo todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo tal acto. Formuló como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE* (...)” (f. 2 a 20 Archivo 12 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES, IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 5 a 24 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia N° 044 del 20 de febrero de 2024, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen pensional realizado por la demandante MARCELA MARÍA MERCADO REYES el 9 de Julio de 1998 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA (hoy Protección S.A) por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES todos los saldos que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta sentencia, traslade a COLPENSIONES los gastos de administración, que incluyen comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, durante el tiempo que MARCELA MARÍA MERCADO REYES permaneció afiliada a COLMENA e ING. con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados

con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo analizado en esta decisión.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de los demandantes al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados en esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A, en favor de la demandante MARCELA MARÍA MERCADO REYEZ Se fijan agencias en derecho en favor, en cuantía de 2 Salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha en que se efectúe la liquidación de costas, por secretaría. (...)”.

Para arribar a esta decisión, consideró la Juez de primer grado que, a partir de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, normatividad vigente para la época de la afiliación de la demandante al RAIS, se establecían como características para el traslado de régimen pensional, que además de ser obligatoria la afiliación, aquella tendría que ser voluntaria y libre.

En ese sentido, precisó que en punto de la ineficacia del traslado, la Jurisprudencia Especializada Laboral ha señalado, por ejemplo, en sentencias como la proferida el 9 de septiembre de 2008, CSJ SL 1055 de 2022, CSJ SL 3464 de 2019, CSJ SL 4360 de 2019, CSJ SL 5686 de 2021, que las AFP desde su creación tenían el deber de documentar de manera clara y suficiente los efectos que acarrea el traslado, exponiéndolos de manera cierta, clara y comprensible; obligación que de no cumplirse, trae de suyo que el traslado se considere ineficaz (Art. 271 Ley 100 de 1993).

Además, recordó que acorde al precedente, en esta clase de asuntos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, la que no se satisface simplemente con el formulario de afiliación. De igual modo, expresó que puesta en evidencia la ineficacia del traslado, esta no se convalida con traslados horizontales que realice el afiliado (SL3464-2019, SL1452-2019 y SL3084-2021).

Bajo tal panorama, explicó que, en el caso de la demandante, se tiene prueba que estuvo afiliada al RPMPD, en tanto realizó cotizaciones inicialmente a la Caja de Previsión Social de Bogotá, tal como lo enseña el caudal probatorio arrimado, principalmente del certificado CETIL, circunstancia por la cual debía tratarse el problema jurídico como un traslado de régimen y no como una selección inicial.

Acto seguido, señaló que **PROTECCIÓN S.A.** no acreditó haber brindado una asesoría clara, completa y comprensible, diligencia que no logra extraerse del formulario de vinculación, y mucho menos del interrogatorio de parte rendido por aquella. Ante esas circunstancias, concluyó viable declarar la ineficacia del traslado de régimen con las consecuencias económicas indicadas, debiendo remitir los recursos respectivos a **COLPENSIONES**.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** recurrió la decisión, argumentando que no existen razones fácticas, ni jurídicas, para declarar la ineficacia que se pretende, pues la afiliación de la demandante al RAIS fue completamente válida y voluntaria, premisa que se desprende de los formularios aportados por las AFP, y que eran los únicos documentos exigidos para la fecha del traslado, resaltando que la información suministrada se ofreció de manera verbal, pues no existía para ese momento una norma que exigiera constancia escrita. Además de lo anterior, sostuvo que no hay reproche de cara al deber de información, ciñéndose la objeción de la actora al monto de la pensión que obtendría en el RPMPD.

Seguidamente, expuso que teniendo en cuenta lo señalado y las campañas adelantadas por su representada, también se debe revocar la condena relativa a la devolución de recursos a cargo de la AFP, instando a que no sea condenada al traslado de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, dado que estos recursos ya cumplieron su cometido, como quiera que, para el caso de las primas, fueron canceladas a la aseguradora respectiva, mientras que los gastos se destinaron a cumplir con la inversión de los aportes de la demandante, todo encaminado a generar rendimientos en favor de la afiliada.

Frente a este último punto, insistió en que la demandada obró en cumplimiento de un deber legal, realizando una debida gestión de los recursos. Solicitó revocar la indexación ordenada, la cual se ve suplida con los rendimientos generados, lo que implicaría una doble condena en contra de la AFP y un enriquecimiento sin causa en cabeza de **COLPENSIONES**.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** aportó alegatos de conclusión en los cuales reiteró lo dicho en su recurso de alzada, en lo concerniente a que, para el momento del traslado de la demandante, cumplió con el deber de información en los términos exigidos por el Decreto 663 de 1993, sumado a que la parte tuvo varias oportunidades de cambiarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo entonces la motivación para regresar al RPMPD, la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerar la existencia de engaño.

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

Que no es viable imponerle a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que ha sido cumplida plenamente, y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, por la indebida interpretación de las restituciones mutuas. Finalmente indicó, frente a la condena en costas, que siempre actuó con buena fe objetiva (Archivo 04 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.

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 la señora **MARÍA MARCELA MERCADO REYES** realizó en un primer momento cotizaciones a la Caja de Previsión Social de Bogotá entre los años de 1994 a 1995 (f. 7 a 10 Archivo 38 ED).
- (ii) Que el 08 de febrero de 1998 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP COLMENA, hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 32 Archivo 17 ED).
- (iii) Que el 15 de febrero de 2001 la actora decide trasladarse dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual a la AFP **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.**, entidad a la que permanece afiliada en la actualidad (f. 130 Archivo 02 ED).
- (iv) Que el 07 de abril de 2021 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera como ineficaz su traslado al RAIS, petición negada por esta demandada en comunicado de la misma fecha (f. 177 a 181 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 público y privado de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba para 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 el Alto Tribunal 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).

Por consiguiente, 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 de la demandante a las AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la información suministrada en Sistema de Información de Afiliados-SIAFP (f. 24 y 32 Archivos 12 y 17 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía a la afiliada 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 aquella 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, 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 a la demandante (Min. 09:40 a 19:06 Archivo 51 ED), de este no logra extraerse confesión que la 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 a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, 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 de la demandante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la demandada, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la que se materializó el traslado inicialmente, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, 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, generándose los efectos o consecuencias de la ineficacia también para los traslados posteriores efectuados dentro del mismo régimen de ahorro individual (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

Valga aclarar que la demandante antes de su vinculación al RAIS, la actora no venía afiliada al ISS pues de hecho, se observa que su vinculación se registraba ante la CAJA DE

PREVISIÓN SOCIAL DE BOGOTÁ (f. 7 a 10 Archivo 38 ED), razón por la cual, al restituirse el *statu quo*, gracias al efecto de la ineficacia, implica que deba ser reestablecida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media con prestación definida, a saber, **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, términos en los que justamente lo ha concluido la Jurisprudencia (ver sentencias CSJ SL2932-2022 y CSJ SL3891-2022).

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 afiliada actualmente la demandante, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, 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 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, por los respectivos periodos en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de estos, 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 las AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **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.

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 de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital

ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse 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.

Arguye la apoderada de **PORVENIR S.A.** en su alzada, que no hay lugar a ordenar la indexación de los valores atinentes a *gastos de administración, porcentajes destinados a cancelar las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima*; aspecto que en contravía de lo argüido por la recurrente, no resulta discordante, 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 (SL2611-2020).

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 ineficacia 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 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 (SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la decisión estudiada. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

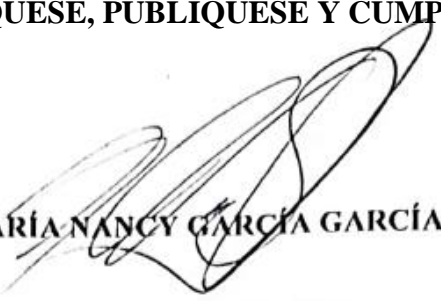
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia N° 044 del 20 de febrero de 2024, proferida por el **JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

SEGUNDO: Las **COSTAS** están a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL