

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	LUISA MATILDE DEL CARMEN CRISTANCHO ROJAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-016-2021-00503-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia del Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 037

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°005 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia N° 047 del 14 de febrero de 2024, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **LUISA MATILDE DEL CARMEN CRISTANCHO ROJAS** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado del RPMPD al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, teniéndose como afiliada al primero, sin interrupciones. 2) Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, 3) Seguidamente, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que active su afiliación al RPMPD y reciba los recursos provenientes del RAIS.

Como sustento de sus pedimentos, manifestó que nació el 13 de julio de 1961, afiliándose en 1984 al ISS, entidad en la que permaneció hasta 1996, año en el que decidió trasladarse al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, movilidad que señaló haber aceptado sin una debida asesoría, pues fue a través del área de talento humano de su empleador el Hospital Universitario San Ignacio, que se recaudaron los datos, aseverando que fue por órdenes de este último que realizó el traslado al RAIS.

Así mismo, señaló que el fondo privado hizo caso omiso a la restricción que impuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues procedió con el traslado de régimen pensional cuando llevaba solo dos años de cotizaciones en el RPMPD, aseverando que tampoco le puso de presente la restricción de cambiar de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para obtener su pensión, no le explicaron las ventajas y desventajas de su decisión.

Finalmente sostiene que, mediante petición del 27 de octubre de 2021 solicitó a

COLPENSIONES aceptara el traslado de régimen pensional, petición al que no accedió esta entidad en oficio de la misma calenda (f. 3 a 21 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) **IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, PRESCRIPCIÓN E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS** (...)” (f. 2 a 11 Archivo 06 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso 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, BUENA FE y COMPENSACIÓN** (...)” (f. 1 a 35 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia N° 047 del 14 de febrero de 2024, decidió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación de **LUISA MATILDE DEL CARMEN CRISTANCHO ROJAS a PORVENIR S.A.** realizada el 13 de FEBRERO de 1996. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **Colpensiones**, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos desde la fecha de traslado al RAIS.

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, conforme se expone en la parte motiva de esta providencia. Asimismo, Colpensiones deberá recibir los citados conceptos que traslade y devuelva PORVENIR S.A. En caso de que existan bonos en la cuenta, este deberá anularse y devolverse al ministerio de hacienda. Esto durante el tiempo de la afiliación.

TERCERO: 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 tampoco se condena en costas.

CUARTO: Se declaran no probadas las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A.**

QUINTO: CONDENA en costas a PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de **DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.600.000.00)**, 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 en primer lugar, que ante la negación indefinida de falta de asesoría argüida por la parte demandante, correspondía desvirtuarla a la AFP accionada, no encontrando en el acervo probatorio elemento con el que se derruyera tal situación, sin que tampoco se logre establecer confesión en ese sentido en el interrogatorio de parte practicado, concluyendo

entonces que no se logra demostrar el cumplimiento del deber de información, debiendo acogerse la ineficacia del traslado, aduciendo también que en este tipo de procesos, cuando no se tiene prueba de la debida asesoría en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

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 de las cotizaciones completas de la afiliada al fondo público, junto con los rendimientos y gastos de administración, así como de las primas de seguro previsional, conforme lo señalado por la Jurisprudencia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación manifestando que su representada cumplió a cabalidad con el deber de información que le correspondía para la época, fecha para la cual no se tenía establecida como exigencia, la constancia de la asesoría brindada, aduciendo que dentro del legajo fue aportado el formulario de afiliación, documento idóneo para demostrar que sí se asesoró en debida forma a la demandante, máxime que es la misma accionante la que indica que nunca tuvo contacto con un asesor, siendo este documento idóneo para la demostración de este requisito.

De igual forma evidenció su desacuerdo con la orden relativas a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que estos dineros ya no se encuentran en sus arcas, generando sus respectivos frutos y rendimientos, asegurando los riesgos de invalidez y muerte, hecho por el cual no hay lugar a la devolución de tales recursos.

Así mismo, indicó que no hay lugar a reintegrar los valores de manera indexada, ya que si lo que se pretende es menguar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo, esa depreciación quedó conjurada con los rendimientos que también se ordena devolver por parte del Juez de Primera Instancia.

Luego, mostró su desacuerdo frente a la devolución de las sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima, ya que estos recursos tampoco reposan en las arcas de esta entidad. Por último, sostuvo que no hay lugar a condenar en costas, pues su representada siempre obró de buena fe y siguiendo la normatividad establecida para estos casos.

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 otorgado el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto desde la demanda, señalando que el fondo privado no brindó la asesoría adecuada al momento de su traslado (Archivo 05 ED).

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES**, adujo que, de confirmarse la decisión de primer grado, debía ordenarse a la AFP el traslado de todos los dineros que componen la cuenta de ahorro individual, sin descuentos por cuota de administración, seguro previsional o cualquier otro concepto, tal como lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Archivo 03 ED).

La apodera de **PORVENIR S.A.** allegó memorial de 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 N° 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 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 de manera indexada, si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, auscultando si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a la AFP.

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

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **LUISA MATILDE DEL CARMEN CRISTANCHO ROJAS** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1984 y 1996 (f. 137 a 142 Archivo 03 ED).
- (ii) Que el 13 de febrero de 1996 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.** entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 147 Archivo 07 ED).
- (iii) Que el 27 de octubre de 2021 la actora radicó ante **COLPENSIONES** petición relativa a la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS por aquella entidad, petición negada en oficio de la misma fecha (f. 23 a 32 y 134 a 136 Archivos 02 y 06 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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 (RPMPPD), 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 pudiere 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 la Máxima Corporación Laboral 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).

Tampoco 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 la AFP **PORVENIR S.A** (f. 147 Archivo 07 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía, en ninguno de los casos, el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante

para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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, contrario a lo argüido por el apelante, 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. 9:16 a 16:34 Archivo 13 ED), de este no se logra extraer 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 esta 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 bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella se afilió a la AFP, 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, 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 afiliada, la vinculación de la actora 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 la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social especialmente en este régimen, 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 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 **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 la AFP **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 comentario 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 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.

Arguye la apoderada de **PORVENIR S.A.** en su alzada, que 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* es incompatible con la devolución de los rendimientos, pues en su sentir ello comporta una doble erogación; 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).

Se precisa en relación con los *rendimientos* - cuya devolución también fue objeto de la condena -, que ellos son causados 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 sobre los que ningún rédito adicional se genera, por 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 son los que generaron unos rendimientos; 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 este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto con las consecuencias económicas impuestas a 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 (SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto al reproche de **PORVENIR S.A.** respecto de la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo instado, porque debe

recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, además que se trató el demandado de un ente del régimen ahorro individual con solidaridad, respecto del cual se adujeron omisiones que condujeron a la vinculación de la accionante en dicho régimen, en desmedro de sus derechos a la seguridad social.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Las costas de esta instancia están 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° 047 del 14 de febrero de 2024, proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL