



SALA QUINTA LABORAL DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	RAÚL EDUARDO VÉLEZ ORREGO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 017 2021 00322 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.245

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

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 en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°057 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia No. 050 del 21 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **RAÚL EDUARDO VÉLEZ ORREGO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar la devolución de los aportes pensionales realizados por tales como, cotizaciones, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración. Las primas de reaseguro de FOGAFÍN, primas de seguro de invalidez y sobrevivencia, frutos, intereses y rendimientos. **3)** Que se condene a Colpensiones, a recibirlo en el RPMPD **4)**. Finalmente, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, manifestó la PARTE DEMANDANTE que, nació el 19 de septiembre de 1965, que una vez iniciada su vida laboral se afilió en el mes de enero de 1989 al régimen de prima media administrado en aquel entonces por el ISS; acto seguido expresó que

en el mes de agosto de 1994 diligenció formulario de afiliación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., vinculación que aduce no contó con un diagnóstico pensional en el que se tuviera en cuenta su situación laboral, tampoco se le brindó una información clara, suficiente y oportuna, ni mucho menos se le expusieron las ventajas y desventajas de su decisión, luego, expuso que en el mes de febrero y octubre de 1996 se vinculó dentro del mismo régimen de ahorro individual a COLMENA y posteriormente a PROTECCIÓN S.A, regresando a PORVENIR S.A. en el mes de septiembre de 2012, traslados en los que comenta tampoco se le otorgó una debida información. Finalmente, sostiene que diligenció formulario de afiliación ante COLPENSIONES, entidad que en oficio del 01 de marzo de 2021 despachó desfavorablemente esta solicitud, rechazando igualmente la solicitud de ineficacia del traslado presentada en comunicado del 15 de marzo de 2021 (f.4 a 20 Archivo 01 ED).

CONTESTACIONES

EL apoderado de **PORVENIR S.A.** propuso como medios exceptivos: “(...) *PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 30 Archivo 8 ED).

El apoderado de **COLPENSIONES** propuso como medios exceptivos los que denominó “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE TRASLADO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 17 Archivo 09 ED).

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y SEGURO PREVISIONAL Y APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE ACTOS DE RELACIONAMIENTO* (...)” (f.3 a 23 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 050 del 21 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado del demandante **RAÚL EDUARDO VELEZ ORREGO** del RPMPD al RAIS. Posterior a ello, ordenó a **PORVENIR S.A.**, efectuar el traslado a **COLPENSIONES** dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo el capital ahorrado, rendimientos, gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima; ordenando a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar al RPMPD los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima equivalentes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a esa entidad, ordenando a COLPENSIONES a proceder con el recibo de estos recursos. Finalmente, fulminó condena en costas a cargo de **PORVENIR S.A.**, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que, se declara la ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, norma que habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, situación que resalta, no se le probó a su representada, quien le ofreció una alternativa diferente al demandante, quien a su vez haciendo uso de su libertad de escogencia, eligió afiliarse a Porvenir.

Así mismo manifiesta tener conocimiento de la inversión de la carga de la prueba, tesis que ha venido haciendo carrera en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de la cual advierte, no está avalada por la ley, ya que el artículo 167 del Código General del Proceso, indica que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que consagra el efecto jurídico que se persigue, señalando que, en el presente proceso no se probó por parte del demandante cual es el engaño que pretende hacer ver, quedando demostrado que su intención es volver al Régimen de Prima Media únicamente por encontrarse inconforme con el monto de la mesada pensional que recibirá en este fondo pensional.

Asegura que, su representada cumplió con toda la carga probatoria allegando todos los documentos que tenía para demostrar la validez de la afiliación generada en 1994 y las posteriores afiliaciones con Porvenir en 2012, documentos que, además a través del formulario de afiliación son públicos, se presumen auténticos, no fueron tachados de falsos por el demandante; denotando además el hecho que, el demandante hubiere permitido que se le efectuaran descuentos con destino a las arcas de la entidad que representa, que hubiere realizado traslados horizontales, y que en ningún momento hubiere presentado quejas y reclamos ante su defendida por falta de información; todo lo cual si no es suficiente para demostrar la validez del acto de traslado, la juez de primera instancia tampoco indica cuál es entonces el documento exigido a las administradoras, ni la norma en que se encuentra soportado.

Continúa expresando que, existe confesión del demandante indicando que conocía los requisitos y como se iba a pensionar en el RAIS, y que sabía que sus aportes se iban a ir a una cuenta de ahorro individual a su nombre y que le iba a generar unos rendimientos, que sabía de la heredabilidad de sus aportes y con cuales recursos se iba a financiar su pensión, razón por la que no puede decir después de 20 años que, no se le informó, porque su mesada pensional sería superior en el RPMPD.

En igual sentido resalta que, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal contenida en la ley 797 de 2003 en razón a su edad, norma que fue declarada exequible por medio de la sentencia C-1024, previendo aspectos de interés general por encima del particular, con la protección del sistema general de pensiones frente a la descapitalización del RPMPD y con venero en el principio de estabilidad financiera.

En cuanto a la condena a su representada por gastos de administración, manifiesta que, es un descuento establecido en la ley, que opera en ambos regímenes pensionales, teniendo incluso la misma destinación, los cuales además no hacen parte integral de la pensión de vejez, ni le pertenecen al afiliado, lo que hace que sobre dichas sumas si opere el fenómeno de la prescripción trienal; adicionalmente, que son dineros que se cobraron como contraprestación a la buena gestión de Porvenir S.A., generados también porque el demandante aceptó y firmó una afiliación válida, que reitera, no fue tachada de falsa.

Por último señala que, no solo es la ley la que otorga permiso para el descuento de estos emolumentos, debiéndose tener en cuenta lo manifestado por la Superintendencia Financiera al referir que, cuando se presenta un evento de ineficacia, los únicos dineros que se deben de trasladar, son los correspondientes a la cuenta de ahorro individual; sin que se deban incluir los gastos de administración y la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía de seguros ya cumplió con el deber contractual de cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que el traslado de dichas sumas constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, quien en ningún momento realizó la gestión de buena administración.

Por su parte la togada de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación de manera parcial, en lo relativo a la orden impartida a su representada sobre el traslado a Colpensiones del porcentaje atinente a los gastos de administración, argumentando que, tal concepto corresponde a comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que se hizo de conformidad de la ley como una contraprestación a la buena gestión de administración; advierte que, la devolución de los conceptos mencionados y lo concerniente al seguro previsional constituye un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, por recibir una comisión de un capital que no administró, el cual no está ni siquiera destinado a financiar la prestación de vejez.

Pone de presente que en el asunto de marras para el año 2012 se realizó el traslado a Porvenir de lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros, fruto de la buena gestión de su representada, hecho por el que tiene derecho a conservar la citada comisión como restitución mutua a su favor, sin lugar a tenerla que trasladar a Colpensiones, ya que no existe norma que lo indique.

Señala que, existe una contradicción en la consecuencia misma de la declaratoria de la ineficacia, porque supone negar todo efecto al cambio de régimen del demandante, al disponerse el traslado de las comisiones de administración, pero reconociendo al mismo tiempo el efecto de tal afiliación, cuando se ordena igualmente la devolución de los rendimientos que se causaron, en correspondencia a la comisión de administración.

Alude al contenido del artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras, con base en lo cual sostiene, aunque se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que el contrato nunca existió, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras producto de la buena gestión de Protección, quien por esta razón tiene derecho a conservar la referida comisión.

Frente al seguro previsional manifiesta que, fue pagado a una aseguradora, tercero de buena fe que nada ha tenido que ver en el contrato suscrito por su representada y el demandante; adicional a que su finalidad es cubrir los riesgos de sobrevivencia e invalidez, razón por la que la AFP se encuentra en imposibilidad recobrar esos dineros y trasladarlos a Colpensiones.

Finalmente, señala que, sobre el porcentaje cobrado y destinado para gastos de administración y seguro previsional, si opera la prescripción por ser conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley los cuales no financian directamente la pensión de vejez.

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

Dentro del término legal otorgado la apoderada de **COLPENSIONES**, reiteró lo manifestado en primera instancia, esto es, que se declare la imposibilidad de declarar la nulidad de la afiliación y traslado de aportes del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, ya que no se probó ni declaró un vicio en el consentimiento por parte de la demandante, en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y trasladarse al régimen de ahorro individual, agregando que es a todas luces improcedente el traslado decretado en virtud del Artículo 2 Numeral E de la ley 797 de 2003, ya que el demandante presentó su petición fuera del término legal establecido y además ratificó su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con el formulario de afiliación donde expresamente determina y acepta vincularse al fondo privado.

De otro lado, sostuvo que en caso de que se confirme la condena dirigida a declarar la ineficacia del traslado, solicita tener en cuenta el precedente de la Sala de Casación Laboral contenido en sentencias SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571- 2021 y SL 3709-2021, para que se adicione el proveído y se indique que las cuotas de administración y los descuentos del seguro previsional, descontadas por la AFP del

RAIS durante el periodo de afiliación, se deben trasladar debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos (Archivo 04 ED).

LA PARTE **DEMANDANTE**, reiteró lo ya dicho a lo largo del proceso, reafirmando que, la información suministrada al señor RAÚL EDUARDO VÉLEZ ORREGO por las AFP demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., fue una información genérica y abstracta que careció de profundidad, especificidad y claridad que permitieran ilustrar de manera suficiente al actor, en materias de alta complejidad y trascendencia como es su futuro pensional (Archivo 05 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado 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 demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos ordenados en primera instancia.

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 **RAÚL EDUARDO VÉLEZ ORREGO** estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre los años 1989 a 1994, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.** el 08 de agosto de 1994 (f. 18 a 21 y 81 Archivos 09 y 08 ED).
- (ii) Que el 29 de febrero de 1996, se trasladó dentro de régimen de ahorro individual, con destino a **COLMENA S.A.**, posteriormente a **PROTECCIÓN S.A** el 16 de octubre de 1996 y posteriormente el 24 de septiembre de 2012 se vinculó a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 35-36 y 82 Archivo 10 y 08 ED).
- (iii) Se tiene que la demandante presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** solicitando se decretara la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue despachada desfavorablemente en oficio del 15 y 19 de marzo de 2021 (f.66 a 70 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida(RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios y promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no es posible predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas, el formulario de afiliación del demandante a **COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PROVENIR S.A.** (f. 81-82 y 35-36 Archivos 08 y 10 ED), nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo 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 el afiliado tomase

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

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

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 a estos, en consideración a su carácter de gestores profesionales del mercado financiero en el área pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Resáltese que, 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 demandante en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para la afiliada como serían sus expectativas pensionales futuras, de vincularse a la entidad.

En igual sentido, 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, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la omisión de un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante, de ello no logra extraerse confesión que la perjudique, pues contrario a lo argüido por PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, no se logra determinar que en efecto se le hubiese brindado la asesoría en los términos que se viene explicando.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la misma la ilustración necesaria para que este tomase 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 para el afiliado.

Valga anotar que, si bien el demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando se produjo su traslado, 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, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente

cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, 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, independiente que falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con esta, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

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 existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad el demandante, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al actor en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del SGSSP de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, de ahí que deba recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento invocado por el apoderado de dicha entidad.

Sobre este último tópico, respecto a los argumentos de las apelaciones, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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.**, y **PROTECCIÓN S.A.**, con cargo a su 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.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En 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, integrados allí 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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle todo efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos

financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a devolver a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, y **PROTECCIÓN S.A.**; y en cuanto a que ni el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ni tampoco el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, se precisa que no puede pasarse 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; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado de régimen imperfecto, que se reitera, no satisfizo las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP del RAIS en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea **ineficaz**, y así mismo, que las cosas deban volver al estado en el que se hallarían de no haberse dado el acto irregular de afiliación, 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, y contrario a lo argüido por la AFP apelante, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

Sobre las **restituciones mutuas**, punto apelado por **PROTECCIÓN S.A.** S 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 las cotizaciones 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

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

En relación con la excepción de prescripción, de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad, atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás la providencia apelada. Las costas de esta instancia estarán

a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, para cada una de ellas.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia No.050 del 21 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, con los siguientes acápites:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por primas de seguros previsionales, sumas de dinero que al igual que los gastos de administración y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima deben ser devueltos de manera indexada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la Sentencia recurrida.

TERCERA: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV, para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada