

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLADYS JANETH GARCÍA DURÁN
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-015-2021-00044-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 250

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 el presente asunto en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta No. 058 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la Sentencia No. 014 del 8 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado **SEBASTIÁN ORREGO BETANCURT** identificada con T.P. No. 278.334 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de **COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

La señora **GLADYS JANETH GARCÍA DURÁN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, y se entienda afiliada sin solución de continuidad a **COLPENSIONES**. **2).** Que consecuencialmente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** el saldo de su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos y demás conceptos depositados allí durante su permanencia en el RAIS. **3)** Así mismo, deprecó se ordene a **COLPENSIONES** aceptar su reingreso al RPMPD y reciba los aportes provenientes de la AFP.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 22 de septiembre de 1966, y se afilió al ISS en materia de pensiones a partir del mes de abril de 1986. No obstante, expuso que en

septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, ello con fundamento en la asesoría brindada por uno de los ejecutivos comerciales de aquella entidad, de donde extrajo la convicción de poder acceder a la pensión de manera anticipada, aunque no le fueron especificadas las condiciones de esta. Expuso que tampoco le fue informada la posibilidad de retractarse del traslado, al igual que los temas determinantes para la construcción del derecho pensional en este régimen, que si los rendimientos no fuesen los esperados el capital podía bajar, lo que se vería reflejado en una mayor demora para acumular los recursos suficientes a fin de obtener la prestación pensional.

Así mismo, expuso que el asesor omitió decirle que para la pensión anticipada se negociaría el bono pensional, asumiendo con ello tasas de descuento, y mucho menos que el monto de la mesada pensional está sujeto a fluctuaciones y volatilidad del mercado de valores, entre otros, al paso que tampoco le realizó proyección de lo que sería su pensión.

Que en el mes de febrero de 1998 decidió trasladarse de AFP con destino a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, y posteriormente, en el año 2000, regresó a **PROTECCIÓN S.A.** Que en asesoría con un consultor en pensiones obtuvo cálculo de lo que sería su pensión, evidenciando que, en el RAIS, a la edad de 57 años, tendría derecho a una mesada de \$923.000, mientras que en el RPMPD llegaría a \$2.379.072.

Que, en virtud de lo anterior, elevó solicitud a **COLPENSIONES** con miras a que se le autorizara el traslado a esta entidad, petición a la que no accedió (f. 3 a 17 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado precedido de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE; VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS y APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO (...)*” (f. 3 a 29 Archivo 09 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, tras considerar que la afiliación de la demandante al RAIS fue por su propia voluntad, decisión que tomó de manera libre, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE DECLARAR INEFICAZ O NULO LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES DE MORA e INDEXACIÓN; PRESCRIPCIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y BUENA FE DE COLPENSIONES (...)*” (f. 2 a 25 Archivo 13 ED).

Por último, **PORVENIR S.A.** indicó que la vinculación de la actora a esta entidad en el año 1998 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de afiliarse. Con base en esa premisa, propuso las excepciones de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y*

COMPENSACIÓN (...)” (f. 2 a 21 Archivo 18 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 014 del 13 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN**. En consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, “(...) *el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante GLADYS JANETH GARCÍA DURÁN, incluyendo los rendimientos generados durante el tiempo que la señora permaneció afiliada en dicho fondo. (...)*”. Así mismo, ordenó a **COLPENSIONES** recibir las sumas provenientes del RAIS, y activar la afiliación de la actora sin solución de continuidad. Gravó con costas a los fondos privados demandados.

APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que la ineficacia se declaró respecto del deber de información al momento del traslado, obligación demostrada por su representada, por cuanto dejó de valorarse el consentimiento informado para la libre escogencia que quedó materializado con la suscripción del formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso, y del que se constata que la demandante se afilió al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, previa información de los pormenores del régimen, como lo manda el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se trata de una simple declaración vacía, sino de un requerimiento legal, acto en el que, se presume, la demandante era capaz de efectuarlo.

Afirmó que esta entidad siempre le garantizó la posibilidad de retracto, suceso demostrado con la publicación realizada en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004, conforme lo señalado en el Decreto 1161 de 1994, facultad no ejercida por la actora, hecho que tampoco fue evaluado en primera instancia.

Que con la decisión asumida se transgrede la autonomía de la voluntad privada de las partes, conocido como el poder de las personas para disponer, con efecto vinculante, de los intereses y derechos de los que son titulares (Sentencia C-341 de 2016), siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Por último, cuestionó la condena en costas diciendo que se trata de una administradora del RAIS, según las facultades concedidas desde la Ley 100 de 1993, convocada al proceso por una demanda instaurada en su contra, oportunidad en la que, resaltó, todas las actuaciones de los particulares se presumen de buena fe ante las autoridades públicas, y quien pretenda alegar que hubo mala fe, debe demostrarlo.

A su turno, la mandataria de **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria o modificación de la sentencia, en el sentido de absolver a esta demandada de las órdenes impuestas, al considerar que la demandante hizo uso de su derecho legal de escogencia de régimen pensional, sin que en el proceso se haya evidenciado alguna presión o coacción, siendo el traslado producto de una decisión libre, espontánea y voluntaria, en virtud de la que resultó afiliada al RAIS, en donde ha permanecido durante veinte (20) años, efectuando aportes, tanto que superó la edad para trasladarse de régimen, sin acreditarse situación que anule dicho acto, con lo cual se ratifica su deseo o voluntad de permanencia de manera tácita, con lo cual se saneó cualquier irregularidad.

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 otorgado el apoderado de **PORVENIR S.A.** reiteró su postura esbozada desde la demanda, manifestando que no quedaron acreditados los presupuestos para legales para declarar la nulidad absoluta o relativa, conforme el artículo 1741 Código Civil, lo que lleva a que el acto del traslado goce de validez. En igual sentido, aseguró que tampoco quedó probada la configuración de un vicio del consentimiento de los señalados en el artículo 1508 ibídem, aunado que no se probó el despliegue de actos atentatorios contra el libre derecho de elección de régimen contemplado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Seguido, expuso que, además de no aparecer demostrados los supuestos de las normas mencionadas, el formulario de afiliación es un documento público que se presume autentico, el cual contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, denotando una selección libre, espontánea y sin presiones, máxime que este documento no fue tachado o desconocido. De otro lado, expuso que, de presentarse alguna irregularidad, a la fecha, aquella estaría saneada, a lo cual se suma el hecho de tener en consideración la actitud del propio afiliado que da cuenta de su intención de permanecer afiliado.

Por otro lado, indicó que, al tenor del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los únicos recursos a devolver son los contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, circunstancia que, concatenada con lo señalado en el artículo 1746 Código Civil y lo considerado por la Superintendencia Financiera, torna improcedente la devolución de otros conceptos como los gastos de administración y primas de seguros, rubros sobre los que dijo, son susceptibles de prescribir (Archivo 04 ED Tribunal).

La apoderada de **COLPENSIONES**, por su parte, también solicitó la revocatoria de la decisión, tras considerar en esta clase de procesos debe acreditarse fielmente que la AFP incumplió sus obligaciones en la etapa precontractual, no observado desde la óptica del buen consejo, toda vez que ello sería usurpar la voluntad del afiliado, quien debe sopesar la conveniencia al escoger al régimen de pensiones, entendiendo que al celebrar el contrato está en condiciones de entender las incidencias de su decisión. En ese sentido, señaló que **PORVENIR** cumplió con sus obligaciones, lo cual fue reiterado con la suscripción del formulario, suceso del que no obra prueba de coacción de algún tipo. Por último, expuso que debe tenerse en cuenta lo establecido en Sentencias T-489 de 2010 y SL373-2020 (Archivo 05 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN 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 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 previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **GLADYS JANETH GARCÍA DURÁN** estuvo afiliada en pensiones al ISS, realizando aportes a esta entre 1986 y 1993 (f. 293 a 296 Archivo 13 ED)
- (ii) Que el 2 de septiembre de 1994 la demandante se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, para después, el 18 de febrero de 1998, trasladarse con destino a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A** (f. 40 Archivo 09 ED y 27 Archivo 01 ED).
- (iii) No obstante, el 1 de agosto del 2000 la actora regresó a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 28 Archivo 01 ED).
- (iv) Que el 6 de noviembre de 2020 la actora solicitó a **COLPENSIONES** que aceptara su traslado de régimen, petición negada por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 291 a 292 Archivo 13 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*».(Negrilla fuera de texto).

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 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. No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiera 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 público y privado de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al 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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que pese a hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores 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.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el certificado de SIAFP de ASOFONDOS que muestra la afiliación de la demandante a **PROTECCIÓN S.A.** y el formulario de afiliación de la demandante a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** (f. 40 Archivo 09 ED y 27 a 28 Archivo 01 ED), contrario a lo sostenido por la AFP apelante, no logra extractarse nada con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, 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.

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 una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, atendiendo su condición de gestores profesionales del mercado 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 a la posible afiliada, 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 la aspirante al ser vinculada en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

Aúnese 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, por ejemplo 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción a 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.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la pasiva, 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 (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, pese a lo señalado por la apoderada de **COLPENSIONES**, 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, cuando donde advierte que las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron vanas, 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, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen de la actora, 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, pues 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 este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la **PROTECCION S.A.** no hay razón para que ésta 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 a la actora 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, por lo que debe 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 de dicha entidad.

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.** y **PROTECCION 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.

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 la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, 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; circunstancia que 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).

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.

En este orden de ideas, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privado 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 sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que, dentro de las sumas trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado por primas de seguro previsional, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración, todos estos causados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esta entidad, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609-2021. Igualmente, se adicionará dicho ordinal, a efectos de condenar a **PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** los valores descontados durante el tiempo de afiliación de la demandante por concepto de primas de seguro previsional, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración, los cuales, deberá remitir debidamente indexados y con cargo a su propio peculio.

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).

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **PORVENIR S.A.**, es menester indicar 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, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entiende el apoderado de dicha entidad.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV. No se impone condena en costas a cargo de **COLPENSIONES**, pues más allá de que hubiere presentado apelación, el asunto fue revisado de manera completa en virtud del grado de consulta.

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 Sentencia No. 014 del 8 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín.

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de los valores a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado a la señora **GLADYS JANETH GARCÍA DURÁN** por primas de seguro previsional, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que deberán ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES** lo descontado a la demandante durante su afiliación a dicha entidad, por primas de seguro previsional, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que devolverá debidamente indexadas, y con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada