

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	RUTH JANNEDT AVENDAÑO RUA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PENSIONES DE ANTIOQUIA
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-017-2021-00392-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 252

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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 053 del 22 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **YESENIA CANO URREGO** identificada con T.P. No. 271.800 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

La señora **RUTH JANNEDT AVENDAÑO RUA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PENSIONES DE ANTIOQUIA**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS **2)**. Que, consecuencialmente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **PENSIONES DE ANTIOQUIA**, última administradora a la que estuvo afiliada, todas las cotizaciones, comisiones y demás sumas de dinero que pudo haber acumulado durante su permanencia en el fondo. **3)** Así mismo, deprecó se ordene a **PENSIONES DE ANTIOQUIA** reactivar su afiliación al régimen general de pensiones consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En subsidio de lo anterior, peticionó: **4)** Que se ordene a **PORVENIR** trasladar con destino a **COLPENSIONES**, todas las cotizaciones, comisiones y demás sumas de dinero que

pudo haber acumulado durante su permanencia en el fondo, y se disponga que esta última reactive su afiliación al sistema general de pensiones.

Fundamentó sus pedimentos en que, antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones estuvo afiliada al ISS y a **PENSIONES DE ANTIOQUIA**. Que para el momento en que entró en vigor la Ley 100 de 1993 contaba con 30 años de edad.

Que el 9 de febrero de 1998 se trasladó de régimen pensional con destino a **PORVENIR S.A.**, esto en razón a que uno de sus asesores le manifestó que podría pensionarse antes de la edad requerida, y con una mesada pensional superior a la que tendría en el régimen de prima media, aunado a que el ISS estaba mal financieramente, con lo cual la gestión de los fondos privados sería más eficiente. Así mismo, expuso que no le fue realizada ninguna proyección o calculo actuarial, tampoco recibió información técnica o financiera del sistema de prima media, que desvirtuara todas estas afirmaciones.

Indicó que nunca se le hizo un estudio de las particularidades de su caso como aspirante a la afiliación, a efectos de establecer si le convenía o no el traslado, y cuál sería su posible mesada. Que, para el momento de la presentación de la demanda, contaba con 1.380 semanas, y formuló petición de información a **PORVENIR S.A.**, la que le fuere resuelta haciendo entrega del formulario de afiliación, la historia laboral e historia para bono pensional; e igualmente le expusieron la forma en que supuestamente se le brindó la asesoría. Posteriormente, solicitó a la AFP proyección pensional, en la cual le fue informado que para el 2020 le correspondería una mesada equivalente al SMLMV, mientras que en el RPMPD sería de \$1.472.648.

Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** que declarase la ineficacia de la afiliación, petición resuelta negativamente el 9 de agosto de 2021 (Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PENSIONES DE ANTIOQUIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones principales, tras argumentar que, ante la desvinculación de la demandante del Departamento de Antioquia desde el 29 de abril de 1993, aquella no puede ser parte de esta entidad, conforme lo señalado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE y EXONERACIÓN DEL PAGO DE COSTAS PROCESALES* (...)” (f. 2 a 8 Archivo 05 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** contrarió lo pedido en la demanda, manifestando que la afiliación de la demandante al RAIS fue por su propia voluntad, aparte de encontrarse inmersa en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen. En consecuencia, formuló como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA PARTE DEMANDANTE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE DE COLPENSIONES e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 10 Archivo 09 ED).

Por último, **PORVENIR S.A.** indicó que la vinculación de la actora a esta entidad obedeció a una decisión consciente y espontánea, libre de apremios o presiones de alguna naturaleza. Con base en esa premisa, propuso las excepciones de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 21 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 053 del 22 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES**, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la decisión, “(...) los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora RUTH JANNEDT AVENDAÑO RÚA, incluyendo para el efecto el capital, sus rendimientos, los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima. (...)”. Así mismo, ordenó a **COLPENSIONES** recibir las sumas provenientes del RAIS, y activar la afiliación de la actora sin solución de continuidad. Absolvió a **PENSIONES DE ANTIOQUIA** y gravó en costas a los fondos privados demandados.

APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión argumentando que, para la fecha de vinculación de la demandante, cumplió con los requisitos legales vigentes, los cuales no contaban con la rigurosidad exigida en la actualidad, aunado a que la línea jurisprudencial recordada en la sentencia, surgió con posterioridad a la afiliación. Que la misma demandante aceptó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de presión o coacción, considerando que su mejor opción era trasladarse al RAIS, máxime que las circunstancias en las que se encontraba el ISS eran ajenas a las AFP. Afirmó que su permanencia en este régimen durante más de veinte (20) años, sin alegar inconformidad, ratifica su decisión de afiliarse al mismo; además de realizar actos de relacionamiento, como la actualización de datos y recepción de historias laborales, que arrojan claridad sobre su intención de permanecer en el RAIS y su conocimiento del régimen.

Expuso que la razón de querer regresar a **COLPENSIONES** obedece a la diferencia de la proyección de mesada pensional, hecho que no se puede tener como falta al deber de información, y que, si bien la Sala de Casación Laboral ha reprochado el alcance de los formularios de afiliación, estos eran los únicos documentos exigidos para la época, toda vez que los soportes documentales surgieron desde el año 2016, con las circulares de la Superfinanciera, razón por la que tiene validez el formulario, y de paso la afiliación.

Más adelante expuso que, de no revocarse la decisión, no se le imponga condena a la entidad relativa a la devolución de las comisiones de administración, así como lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, al tratarse de descuentos legales, los cuales cumplieron con su cometido para la cobertura de invalidez y sobrevivencia, mismos que también fueron utilizados para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual, además de que en el fondo común no serán utilizados para financiar la eventual prestación de vejez de la demandante.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** alegó reiterando que la decisión asumida va en contravía de la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que prohíbe el traslado de régimen cuando el afiliado esté a menos de 10 años de alcanzar la edad de pensión. Así mismo, expuso que no es viable imponerle a esta entidad las cargas derivadas de un daño generado por otra, esto, al no haber tenido incidencia en la decisión del traslado de la demandante, castigándose con la orden relativa a recibir a aquella como su afiliada, debiendo asumir la carga impositiva que de ello se desprende. Seguido, indicó que no era viable imponerle a la

AFP las obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento para la época del traslado, pues con ello se vulnerarían los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso. Por último, expresó que, en todo caso, de mantenerse la decisión inicial, se ordene la devolución de todos los conceptos que reposan en la cuenta del actor (Archivo 04 ED Tribunal).

De otro lado, la mandataria de **PORVENIR S.A.** alegó diciendo que, para el momento del traslado del 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 para la trasladarse nuevamente de régimen, y no lo hizo, siendo, entonces, la motivación para regresar al RPMPD, es la eventual diferencia en la mesada pensional, situación que no da para considerarla existencia de engaño. Seguido, manifestó que la prueba documental que se extraña por el Juez surgió solamente desde la Circular No. 016 de 2016 emitida por la Superintendencia Financiera, y exigencias como el buen consejo y la doble asesoría, nacieron entre los años 2010 y 2014. Así mismo, resaltó que hubo un incumplimiento de parte de la 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 el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la cual se ha cumplido plenamente, y, al devolverse, 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 05 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante 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 **RUTH JANNEDT AVENDAÑO RUA** estuvo afiliada en pensiones al ISS, realizando aportes a esta entre 1984 y 1989. Así mismo, la citada laboró para el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA de 1990 a 1993, periodo en el que efectuó aportes a **PENSIONES DE ANTIOQUIA** (f. 49 a 57 Archivo 01 ED)
- (ii) Que el 9 de febrero de 1998 la demandante se trasladó a **PORVENIR S.A.**, entidad en la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 37 a 43 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el 11 de mayo de 2021, la actora solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera como ineficaz su traslado de régimen, petición negada por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 58 a 63 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*». (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 los 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 formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 43 Archivo 01 ED), 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.

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, 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 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.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva vincula 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 **PORVENIR S.A.**, 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 acerca de 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.

A tono con lo anterior, en cuanto a la teoría de los actos de relacionamiento esbozada por la recurrente, es menester recordar que dicha postura fue recogida y corregida de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia, que reiteró de manera categórica en la Sentencia SL2565-2022 lo siguiente:

“(…) Y, en la sentencia CSJ SL1561-2022, en punto de los actos de relacionamiento, precisó que, aunque en las providencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021, CSJ SL2753-2021, se aludió a ese término para convalidar la migración de régimen que carece de la información debida, por inferirse que los traslados horizontales permitía colegir «cierto nivel de conocimiento sobre los efectos que dicha decisión comporta», tal postura debía ser recogida y corregida, puesto que

[...] la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento [...] el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, [por tanto], al estar afectado el acto jurídico inicial, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual afectación, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia consiste en que, trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021, entre muchas otras).

Con todo, la Sala considera 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, 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 concordancia con lo anterior, a juicio de la Sala, acertó la Juzgadora de primer grado al disponer que fuese **COLPENSIONES** la entidad a la cual retornara la demandante, como quiera que, si bien aquella estuvo vinculada a **PENSIONES DE ANTIOQUIA**, lo cierto es que, ello se dio en razón de las labores desempeñadas para el Departamento de Antioquia entre 1990 y 1993. En ese sentido, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, donde se establece que “(...) *Las cajas, fondos o entidades de Seguridad Social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan (...)*”, situación que pese a ser predicable respecto del ente departamental en mención, en el particular ocurre que, para el momento de su afiliación al RAIS, la demandante ya no se desempeñaba al servicio del Departamento, sino que laboraba para el municipio de Santa Rosa de Osos, por lo que, su régimen para ese momento era el administrado por el ISS, entidad a la que estuvo afiliada de 1984 a 1989 (f. 49 a 53 Archivo 01 ED).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de **PORVENIR 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 de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al demandante en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD 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.**, 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 gastos de administración percibidos por **PORVENIR**, pues pese a lo señalado por su apoderada, 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).

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.

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 el fondo privado está 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 **PORVENIR S.A.** que, dentro de los valores a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado por primas de seguro previsional, recursos que, al igual que los gastos de administración y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su patrimonio, 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 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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmandose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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. 053 del 22 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín.

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que dentro de los valores a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya lo descontado a la señora **RUTH JANNEDT AVENDAÑO RUA** por primas de seguro previsional, rubros que, al igual que los gastos de administración y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán ser devueltos debidamente indexados y con cargo a su 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 equivalente a (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada