

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIA DORA ALBA SANCHEZ GOMEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-003-2017-00462-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	MODIFICA y REVOCA

SENTENCIA No.249

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No.059 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia del 1 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen efectuado por ella del RPMPD al RAIS, disponiéndose que siempre ha estado válidamente afiliada al primero. **2)** En consecuencia, deprecó se condene a **PORVENIR S.A.** a pagar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos

causados. 3) Por último, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes del RAIS y los incorpore en su historia laboral.

Como sustento a sus pedimentos, manifestó que nació el 28 de abril de 1961, y que estando afiliada al ISS en materia de pensiones, se trasladó de régimen con destino a **PORVENIR S.A.**, entidad que dijo, incumplió con el deber del buen consejo en punto a verificar si su traslado era más favorable. Que, de haber cumplido con lo anterior, habría sabido que lo que más le convenía era permanecer en el RPMPD, situación que pudo evidenciar en proyección pensional realizada por la citada AFP, en donde indicó que el monto de la pensión podría ser inferior a lo inicialmente prometido.

En ese sentido, expuso que la entidad privada no le brindó la información debida acerca de las graves consecuencias derivadas de la decisión del traslado, más cuando por sus cotizaciones tiene una opción de pensionarse en mejores condiciones en el RPMPD. De hecho, anotó que **PORVENIR S.A.** no le suministró datos acerca del saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para pensionarse de manera anticipada. Que, en virtud de lo anterior, el 28 de abril de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia del traslado, sin obtener respuesta (f. 1 a 7 Archivo 02 ED).

CONTESTACIONES

La demandada **PORVENIR S.A.** manifestó su desacuerdo con lo planteado en la demanda, pues aseguró que el traslado de la demandante acaeció por la voluntad de esta, libre, espontánea y sin presiones, cumpliendo con todos los requisitos de Ley, por lo cual formuló como excepciones las que denominó: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA; INEXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL CONSENTIMIENTO AL HABER TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES, BUENA FE y DEBIDA ASESORÍA DEL FONDO (...)*” (f. 72 a 87 Archivo 02 ED).

A su turno, la togada de **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; PRESCRIPCIÓN y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 156 a 161 Archivo 02 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín mediante sentencia del 1 de julio de 2021, dispuso:

“(...) **PRIMERO: DECLARAR** que la AFP **PORVENIR S.A.** faltó a su obligación de diligencia debida y de buen consejo en la señora **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**, esta última identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.153.037, al momento de aquella realizar su traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP **PORVENIR S.A.** causó grave perjuicio económico en la mesada pensional de la demandante, por incumplimiento de su obligación de su diligencia debida de buen consejo.

TERCERO: DECLARAR por este Despacho la responsabilidad profesional y constitucional de la AFP **PORVENIR S.A.** por el perjuicio causado a **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ** en su mesada pensional.

CUARTO: DECLARAR la ineficacia por inaplicación constitucional de la pérdida del régimen de prima media con prestación definida en cabeza de **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ** cuando esta se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, y, consecuentemente, indicar que esta, **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**, sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP **PORVENIR S.A.**

QUINTO: ABSOLVER de todas las pretensiones a la demandada **COLPENSIONES**, sin perjuicio de las ordenes que enseguida se le darán.

SEXTO: ORDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** que, a partir del 1 de julio del año 2021, esta entidad, **PORVENIR S.A.**, queda obligada a inscribir en nómina de pensionados a la señora **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**, para que le reconozca, liquide y pague pensión de vejez del RPMPD, reglamentada por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. Incluye la obligación de reconocer, liquidar y pagar, retroactivo pensional bajo el RPMPD desde el 28 de abril de 2018, fecha esta última en la que se causó la pensión de vejez en el régimen de prima media en cabeza de **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**.

SÉPTIMO: ORDENAR a la AFP **PORVENIR S.A.** que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**, solicite por escrito a **COLPENSIONES** elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Se ordena a **COLPENSIONES** que, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se le solicite por escrito por **PORVENIR S.A.** la liquidación del cálculo actuarial pensional, proceda a dicha liquidación, y, en ese mismo lapso, dos meses, informe por escrito a **PORVENIR S.A.** el valor de dicho cálculo actuarial pensional. **PORVENIR S.A.**, a su vez, dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba el valor del cálculo actuarial pensional por escrito por parte **COLPENSIONES**, procederá al pago real y efectivo de dicha suma de dinero en **COLPENSIONES**.

OCTAVO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** que hasta tanto no pague real y efectivamente el cálculo actuarial pensional a **PORVENIR S.A.** (sic), para que sea subrogada en el pago de la pensión de vejez a la demandante, deberá continuar reconociendo, liquidando la pensión de vejez a **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ**, bajo el RPMPD. **COLPENSIONES** subrogará a la demandada, **PORVENIR S.A.**, en dicho pago, solo desde el momento y hora en que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional.

NOVENO: Se AUTORIZA a **PORVENIR S.A.** a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a **COLPENSIONES**, tomando para sí, los ahorros pensionales

de la demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros.

DÉCIMO: *No prosperan las excepciones propuestas por la entidad demandada **PORVENIR S.A.** de prescripción ni de ausencia de responsabilidad. Las demás quedan resueltas como se ha indicado en la parte motiva de esta sentencia.*

DECIMO PRIMERO: *Costas procesales a cargo de la AFP **PORVENIR S.A.** Agencias en derecho en esta instancia demandante la suma de \$3.632.000 (...)*”.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** mostró su inconformidad con la decisión, manifestando que el fallador de instancia plantea un intercambio de obligaciones financieras, circunstancia que normativamente no aparece establecida para esta clase de asuntos, pues, por ejemplo, en el Decreto 3995 de 2008, se consagra la remisión de aportes cuando se presenta el traslado entre regímenes pensionales, lo que no se presenta en este caso al ordenarse la conmutación pensional, dándose una ausencia normativa respecto de las consecuencias aplicadas por el Juez, y si bien este puede ser autónomo, lo cierto es que no puede transgredir lo dispuesto en el artículo 281 CGP, en lo relativo a la consonancia que debe tener la sentencia con los hechos aducidos en la demanda, donde se pretende la declaratoria de ineficacia con unos efectos distintos, lo que impacta en su representada, toda vez que termina en una condena excesiva y contraria a la normatividad actual, en tanto se modifica el contexto legal prestacional el RAIS, generando una destinación de recursos diferente a la asignada en la ley, puesto que en cada régimen las prestaciones tienen una base de financiación distinta, circunstancia que ha sido advertida por la Superintendencia Financiera.

Que la decisión vulnera el principio de inescindibilidad de la norma, por cuanto se evidencia la asignación de cargas pensionales que nunca han sido impuestas por el legislador, reiterando la disparidad en lo relativo a la congruencia de la sentencia, tras fallar aspectos no solicitados en la demanda, que, por discreción del Juez, tomó un rumbo totalmente distinto al trazado desde el gestor, imposibilitando la defensa y debido proceso por parte de esta AFP. En ese sentido, dijo que no está a cargo del fondo privado pagar una pensión con base en las reglas del RPMPD, y tampoco pagar un cálculo actuarial, máxime que no está demostrado que la actora hubiere recibido menoscabo en sus derechos prestacionales.

Bajo esa idea, precisó que el contrato de afiliación dado entre la demandante y la AFP, es de adhesión, a partir del cual el afiliado se ajusta a la forma de financiar su pensión, sin considerar lo estipulado en otro régimen pensional, más cuando no hay prueba de las circunstancias socioeconómicas de la actora que acrediten el perjuicio determinado en la sentencia.

Por su parte, la mandataria de **COLPENSIONES** atacó la coherencia de la sentencia, interrogándose sobre cuál es la afectación de los derechos del trabajador, y que aspectos

deben analizarse para ello, cuando ni siquiera está aprobada la afectación al mínimo vital, punto que no fue discutido en el proceso.

Expuso que por parte de **PORVENIR S.A.** no se le está negando a la demandante el acceso a la pensión, tanto que la entidad aportó una simulación pensional detallando lo que recibiría la afiliada por mesada, aspectos de los cuales colige que no hay transgresión de las garantías mínimas, y, por consiguiente, no puede concluirse en la inaplicación constitucional dispuesta en la sentencia.

Adicionalmente adujo que, con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera preceptuado en los artículos 48 y 334 CN, alegando que debe primar el interés general sobre el particular. Así mismo, expuso que al tener a su representada como un tercero de buena fe no tiene por qué soportar las consecuencias derivadas de la ineficacia, ya que lo propio sería que la actora continúe afiliada al fondo privado, pues ella debe asumir las consecuencias de su decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria.

Por último, afirmó que, al existir prohibición legal expresa de trasladarse cuando se cumple determinada edad, esta disposición es desconocida en la sentencia, y de paso lo señalado en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, afectándose a la administradora del RPMPD al tener que responder más adelante por prestaciones económicas. De otro lado, pidió la revisión de la pensión reconocida en favor de la demandante, que no había sido solicitada, constituyendo una afeción al derecho de defensa.

Finalmente, la parte **DEMANDANTE** solicitó que, conforme la línea jurisprudencial existente, solicita que sea **COLPENSIONES** quien realice el pago de la pensión, según la normativa que lo rige, ello a fin de no verse en medio de trámites interadministrativos entre entidades.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** solicitó simplemente que se imponga condena en costas a las accionadas apelantes (Archivo 07 ED).

Así mismo, la mandataria de **COLPENSIONES** alegó insistiendo en la improcedencia de la declaratoria de ineficacia, primero, porque, a su juicio, no debe subestimarse la información suministrada por las AFP al momento del traslado, y mucho menos el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS, pues no es viable imponer a las AFP el cumplimiento de obligaciones y soportes no vigentes para la época de la afiliación de la actora, situación que conllevaría a desvirtuar el principio de confianza legítima y el debido proceso.

Que tampoco es dable considerar la causación de un perjuicio económico a la parte,

toda vez que no tenía una expectativa legítima o un derecho consolidado, caso en el cual no era posible tener certidumbre sobre las consecuencias de afiliarse. Señaló que no puede perder de vista la obligación del afiliado de asesorarse en los términos del Decreto 2241 de 2021, sumado que, con el silencio de la reclamante en el transcurso del tiempo, debe entenderse su decisión consciente de permanecer en el RAIS.

Por último, expresó que una de las consecuencias de declarar la ineficacia del traslado es que se violenta el principio de sostenibilidad financiera desarrollado en los artículos 48 y 334 CN, precisado en Sentencias SU-130 de 2013, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (Archivo 08 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 llamadas a juicio, verificando en este caso la procedencia de las múltiples órdenes impuestas en sede de primera instancia, incluida la modificación en el reconocimiento pensional solicitado por la PARTE DEMANDANTE.

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 que se desglosan de las cotizaciones de la afiliada durante el periodo de su permanencia en los fondos privados.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ** se afilió en materia de pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1985 y 1998 (f. 13 a 16 Archivo 02 ED).
- (ii) Que el 15 de enero de 1998, la actora se trasladó del RPMPD hacia el RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 88 a 138 Archivo 02 ED).
- (iii) Que el 28 de abril de 2017, la demandante solicitó a **COLPENSIONES** que acepte su traslado de régimen, sin que se observe respuesta dentro del expediente (f. 57 a 59 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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 captar personas incautas, mediante el

ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiese 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 a pesar de 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 formulario de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 88 Archivo 02 ED), no logra extractarse nada en relación con 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 adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con 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, contrario a lo alegado por **COLPENSIONES**, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, en su condición de gestores profesionales en el sistema financiero para el tema 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 el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad.

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 ni 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.

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 la 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, 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 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 **PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, situación que, contrario a lo sostenido por el Juez de primer grado, 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.

Lo anterior dista de las órdenes precisadas por el fallador de primera instancia, que consideró propio imponer a la AFP del RAIS el pago a título de perjuicio de la prestación pensional propia del RPMPD, mientras cumple con el pago de un cálculo actuarial por dicha pensión a favor de COLPENSIONES, solución que no se atiene a la postura jurisprudencial del órgano de cierre, que de tiempo atrás viene siendo pacífica, reiterada por ejemplo en la Sentencia SL2613-2022 en la que se dijo:

“(…) En el presente asunto, el a quo declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS; en lo que hace a las consecuencias de la precedente declaración, la Sala precisa que se concretan a que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes del acto ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten, tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, lo que en la práctica significa que el traslado nunca ocurrió.

(…)

En efecto, de cara a los efectos jurídicos que conlleva la ineficacia del acto, la Corte ha precisado que:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-

2021) (...)” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Desde esa órbita, razón les asiste a las integrantes del extremo pasivo en sus apelaciones, toda vez que de entrada devienen improcedentes el grueso de las disposiciones adoptadas en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en tanto supone la declaratoria de un perjuicio económico, del que señala como responsable a las AFP, y al mismo tiempo impone, puntualmente a **PORVENIR S.A.**, a pesar de tener como ineficaz su traslado al RAIS, que pague, de ser el caso, la pensión de vejez en los términos que le hubiere sido otorgada al actor en el RPMPD, continuando con la imposición de unas gestiones actuariales y económicas a efectos de lograr la subrogación posterior en el pago de la prestación, en cabeza de **COLPENSIONES**, y luego finaliza autorizando a la AFP del RAIS que descuente ese cálculo actuarial de los fondos a trasladar al RPMPD, disminuyendo en ese monto el valor de los recursos que deben remitirse al fondo común.

Con tales disposiciones se dejan de lado las particularidades del sistema general de pensiones y sus distintos regímenes, así como el funcionamiento de estos, siendo incluso el resolutive confuso al procurar el acceso a una determinada pensión, pagadera por una entidad respecto de la cual se concluyó que se entiende ineficaz la afiliación, sin embargo, tampoco retrotrae las situaciones al estado inicial, sino que deja en el RAIS los aportes y demás emolumentos, a cambio de un título pensional, que como lo señala el recurrente, procede ante empleadores remisos en la afiliación al sistema de seguridad social, todo lo cual lleva a la ineludible modificación y revocatoria de varias cuestiones de la decisión inicial.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en Sentencia SL1019-2022 los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

“(…) i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones. (...)”.

La anterior conclusión conlleva, como se dijo, a la revocatoria de varios aspectos de la sentencia de primera instancia, entre estos, la concesión del derecho pensional en favor de la demandante en la forma particular dispuesta por el *A quo*, por no ajustarse lo decidido al marco de consecuencias establecidos por la Alta Jurisprudencia en esta clase de procesos,

conclusión que incide directamente en lo propuesto por la apoderada de la demandante en su alzada, esto es, que la citada pensión sea impuesta a cargo de **COLPENSIONES**, pedimento que al decaer el reconocimiento inicial, corre esta misma suerte, más si se tiene en cuenta que lo relativo a la pensión no integró el componente pretentivo de la demanda, y mucho menos fijado en el litigio, escenario en el cual, se recuerda que, en virtud del principio de congruencia reglado en el artículo 281 CGP, el Juzgador está en la obligación de resolver la controversia sometida a su análisis, dentro de los precisos límites de lo pedido y lo controvertido, lo cual puede verse flexibilizado por el Juez Laboral haciendo uso de las facultades *ultra* y *extra* petita; no obstante, dichas potestades son propias de los funcionarios de primera o única instancia, a las que en segunda instancia puede acudir excepcionalmente, cuando se trata de derechos ciertos e irrenunciables, siempre que hubieren sido discutidos y probados en el proceso, lo que no ocurrió en el actual litigio.

Nótese entonces que, en la medida que la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer la demandante, para el *sub-lite*, el 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).

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.**, ente al que se encuentra afiliada en la actualidad, 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 RPMPD para 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 de dicha entidad.

Sobre 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 debidamente indexados 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 recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado por su apoderado, no obstante que 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 la devolución de estos recursos, una vez se produce el traslado de régimen pensional, 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 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 (CSJ SL1377-2022, SL1337-2022, SL1361-2022).

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 deben 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).

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.

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

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar 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, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose 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, y que incluso al tenor de las previsiones sobre las restituciones mutuas, es este un rubro que claramente debe

reintegrarse junto con los aportes de la afiliada.

En este orden de ideas, les asiste razón a los apelantes en torno a las inconsistencias evidenciadas dentro de lo dispuesto en la sentencia materia de apelación, y, por consiguiente, procede la Sala, en primera medida, a modificar el numeral cuarto, a efectos de precisar que la ineficacia declarada recae sobre el traslado de régimen efectuado por la demandante desde el RPMPD al RAIS, y en ese sentido, ordenar a **COLPENSIONES** que active la afiliación de esta al RPMPD.

Así mismo, se revocarán los numerales segundo, tercero, y quinto a décimo, para en su lugar, disponer que **PORVENIR S.A.** traslade a **COLPENSIONES** el saldo de la demandante existente en su cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales. Y con cargo a sus propios recursos, lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, las cuales deberán ser recibidos por la administradora del RPMPD.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son 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. Tópico sobre el cual la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, de vieja data ha fijado su postura en esa senda, como se advierte en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se modificará y revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

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: MODIFICAR el numeral CUARTO de la Sentencia dictada el 1 de julio de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará así:

*“(…) **CUARTO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante **MARÍA DORA ALBA SÁNCHEZ GÓMEZ** desde el ISS a **PORVENIR S.A.**, y, en su lugar, declarar que este continuó afiliada al RPMPD. (...)”.*

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO a DÉCIMO** de la sentencia recurrida, para en su lugar disponer:

- **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales. Y con cargo a sus recursos, lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba de **PORVENIR S.A.** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra, para que eventualmente financie la prestación económica a que esta tenga derecho; y que refleje en la historia laboral de la demandante el periodo que permaneció vinculada al RAIS,

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

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada