

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARLOS ARTURO COLORADO GARCÍA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-004-2018-00770-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	MODIFICA

SENTENCIA No. 253

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA QUINTA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 058 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la sentencia del 3 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ARTURO COLORADO GARCÍA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, teniéndose como válidamente afiliado al RPMPD. 2) Que, consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los aportes realizados, incluyendo los bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieran causado, con destino a **COLPENSIONES**. 3) Seguidamente, se ordene a la última validar los aportes a pensión remitidos por la AFP, e incorporarlos en su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 16 de agosto de 1957, y a la fecha de presentación de la demanda acumula 1.219 semanas cotizadas. Que estando afiliado en pensiones al ISS, un día laboral recibió los asesores de **PORVENIR S.A.**, que lo indujeron a trasladarse a este fondo el 2 de marzo de 1998, toda vez que le manifestaron la posibilidad de tener una mejor pensión, a la cual podía acceder antes de la edad exigida por el ISS, aunado a al riesgo de que el régimen de prima media dejara de existir.

Que el asesor no le otorgó la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado, en la medida en que omitieron mencionar que para pensionarse debía acreditar en su cuenta de ahorro, determinado saldo para poderse pensionar, pese a que era obligación de aquel suministrar la información adecuada, suficiente y cierta para que su traslado estuviera precedido de una libertad informada. Expuso que en petición presentada a la AFP el 10 de octubre de 2018, solicitó, entre otras cosas, la proyección de la que sería su mesada pensional, recibiendo como respuesta que en el RAIS la pensión que obtendría ascendería a \$781.242, mientras que, en el RPMPD, podría llegar a ser de \$1.366.116.

Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado de régimen, petición a la que no accedió dicha entidad (f. 5 a 18 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** consideró desde un inicio como improcedente los pedimentos de la demanda, pues a su juicio no existió vicio del consentimiento al momento de materializar el acto jurídico del traslado de régimen del demandante al RAIS, estando cumplidos los requisitos de ley la selección de régimen realizada por el actor. Propuso como excepciones las que llamó: “(...) *PRESCRIPCIÓN; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS; BUENA FE; ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA; PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA* (...)” (f. 151 a 183 Archivo 01 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** expuso que no hay prueba que demuestre de manera fehaciente que el fondo privado hubiere omitido el requisito de brindar una completa información al demandante, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL E IMPROCEDENCIA DE AFILIACIÓN A COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 287 A 301 Archivo 01 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 3 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor **CARLOS ARTURO COLORADO GARCÍA** hacia el RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, quedando incólume su afiliación al RPMPD en **COLPENSIONES**, entendiéndose que estuvo afiliado a esta de manera permanente y sin solución de continuidad.

En consecuencia, ordenó a **PORVENIR S.A.** efectuar la devolución de todos los rubros que integran la cuenta de ahorro individual del actor, como aportes y rendimientos financieros. Igualmente, dispuso la devolución de las primas de seguro, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y gastos de administración, los cuales deberían retornarse sin descuento alguno, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados.

Así mismo, dispuso que **COLPENSIONES** acepte el traslado del demandante, junto a los recursos provenientes del RAIS, y reactive así mismo la afiliación de este. En ese mismo sentido, como medida cautelar especificó que esta entidad no podrá negar el reconocimiento pensional bajo el argumento de no haber recibido los recursos de parte de la AFP a su satisfacción y equivalencia.

APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** se apartó de la decisión, apuntando en contra de lo ordenado en torno a recibir al demandante como afiliado, sin solución de continuidad, y resolver el reclamo pensional sin esperar que los aportes se encuentren en equivalencia dentro de su haber,

como quiera que, desde la fijación del litigio se estableció que este versaría sobre la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante, y nada se indicó respecto del derecho pensional, más cuando no fue solicitado como pretensión, y tampoco presentó reclamación administrativa con relación a este.

Indicó que, en la actualidad tales recursos se encuentran en el fondo privado, a quien precisamente se le ordenó su devolución a satisfacción y equivalencia de su representada, omitiéndose, entonces, que esa entidad primero debe validar la historia laboral del demandante, para proceder a definir el reconocimiento de la pensión, una vez cumpla con los requisitos.

A continuación, anotó que, la decisión desconoce el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 CN, y el sentido de este precisado en el artículo 334 *ibídem*. Así mismo, anotó que debe tenerse en cuenta lo dicho en la Sentencia SL2324-2019 en dirección a que las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidas a terceros, como la administradora del RPMPD, de modo que no debe asumir estas sanciones por mora en el pago de la pensión, obligaciones por las que solo debe responder una vez reciba los recursos del RAIS, sin que pueda considerarse una responsabilidad automática, derivada de la declaración de ineficacia del traslado, pues la AFP primero debe hacer efectiva la devolución de los recursos.

A su turno, **PORVENIR** apeló manifestando que no procede la ineficacia declarada, pues para que ello sea así, debe demostrarse que la entidad efectuó actos en contra de la libertad de afiliación, ya que lo colegido es que el afiliado suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, precisando que ese documento no es un simple formato, sino que con este se cumplió lo establecido en la Ley 100 de 1993, así como las exigencias legales vigentes para la época del traslado (1998).

Destacó que en ese momento era obligación informar sobre las características del RAIS, lo que se pudo demostrar, y para lo que no había posibilidad de ampliar las probanzas, dado que no era viable realizar una proyección con datos ciertos, como beneficiarios o base salarial. Adicionalmente, expresó que el demandante permitió los descuentos por aportes durante más de 20 años, lo que se conoce como verificación de la voluntad de afiliación, agregando que la línea jurisprudencial sobre el tema ampara principalmente a quienes son beneficiarios del régimen de transición, motivo que la lleva a alegar que debe causarse un perjuicio cierto.

También manifestó su desacuerdo con la devolución de gastos de administración, toda vez que, según lo indicado por la Superintendencia Financiera, las sumas a retornar en estos asuntos no comprenden tales rubros, en tanto no entran a financiar la eventual pensión, y frente a lo cual predicó la buena gestión de la entidad, constatable en relación con los rendimientos en favor del actor. Discutió la condena en costas impuesta, alegando que también debió condenarse a **COLPENSIONES** por este concepto.

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 la parte **DEMANDANTE** presentó alegaciones finales manifestando su interés en la confirmación de la decisión inicial, reiterando, a grandes rasgos lo esbozado desde el escrito de demanda, esto es, la procedencia de la ineficacia del traslado, fundamentado, principalmente en la línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en torno a la responsabilidad y deber de información que recae sobre las AFP, citando para ello las Sentencias SL46292-2014, SL9519-2015, SL17595-2017, SL1688-2019 y SL361-2019, entre otras decisiones al respecto (Archivo 05 ED Tribunal).

Por su parte, **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 las manifestaciones efectuadas por la parte demandante en torno a la falta de información, deben valorarse conforme el alcance de la asesoría que debía brindarse en dicha época, sin que puedan exigirse cuestiones que surgieron con posterioridad, al tenor de lo establecido en el artículo 29 CN. Por último, repitió sus argumentos en cuanto a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, conforme lo establecido en los artículos 48 y 334 CN, y 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).

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 el señor **CARLOS ARTURO COLORADO GARCÍA** se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó cotizaciones entre los años 1993 y 1998 (f. 43 a 50 Archivo 01 ED).

(ii) Que el 3 de marzo de 1998 el actor suscribió formulario de afiliación con la **AFP PORVENIR S.A.**, entidad en la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 185 a 189 Archivo 01 ED).

(iii) Que el 10 de octubre de 2018 el demandante radicó ante **COLPENSIONES** formulario de afiliación a esta entidad, trámite negado por aquella en comunicado de la misma fecha (f. 29 a 31 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 obligatorio, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe

para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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 aspirante a 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 del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 185 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 el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha 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 entonces carga procesal de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “*(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)*” (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, en virtud de su carácter de gestores profesionales del mercado financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante vinculación en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él cuales 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.

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 el demandante lleva vinculado 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 el 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, de haberla, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019), aspectos en los que no se distingue si la persona era o no beneficiario del régimen de transición, como lo alegó la apoderada de PORVENIR S.A.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación pueda convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que 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, con independencia del hecho 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.**, entidad en la que se materializó el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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 el demandante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que 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 al actor, asume la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del RPMPD, de una persona que conforme a las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba estaría a cargo de este 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 invocado por la apoderada 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 de sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por la AFP demandada, pues pese a lo señalado por su mandataria, si bien 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 traslado 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 del 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, como lo definió el *A quo*, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la parte actora.

En este orden de ideas, le asiste razón a la apoderada de **COLPENSIONES** en cuanto a lo improcedente de la orden relativa a que, previa solicitud del demandante, reconozca la pensión que resulte procedente, sin necesidad de verificar el traslado de la información y los rubros que se le ordenó realizar al fondo privado con destino al RPMPD, pues lo pertinente es que, cuando **PORVENIR S.A.**, sociedad con la cual se generó la ineficacia estudiada, hubiere remitido todos los valores ya detallados con los cuales se procedería a financiar esta prestación, la primera ya cuente con los insumos, entiéndase, información de cotizaciones y recursos, y con base en ello proceda a materializar el reconocimiento de la prestación a que hubiere lugar.

Lo anterior, porque pese a que el afiliado no debe asumir las consecuencias de las gestiones administrativas para el otorgamiento de los derechos pensionales, no es dable imponer a la administradora de prima media cargas que no se derivan de conductas desplegadas por la entidad, quien como tercero de la Litis, recibirá los valores que traslade la AFP, para que una vez materializada esta acción y realizada la reclamación del demandante, proceda con el correspondiente reconocimiento prestacional.

A este respecto, resáltese que, en reciente Jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha dado a entender que, en esta clase de procesos, específicamente cuando se ventila el reconocimiento pensional, dicho acto debe ser consecuente o seguido del previo traslado de recursos e información por parte del fondo de pensiones administrador del RAIS. Así quedó puntualizado en Sentencia SL2037-2022 en la que se dispuso:

“(…) Por lo dicho, se revocará el fallo del a quo y, en su lugar, se declarará ineficaz el traslado a Protección S.A. Se ordenará trasladar a Colpensiones, los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados al actor, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que

la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes del afiliado, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.

Así mismo, se ordenará a Colpensiones que, una vez reciba los dineros, actualice la historia laboral de Melba Azucena Rincón Morales y active su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad. Así mismo, que le conceda la pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2016, en los términos expuestos. Se declaran no probadas las excepciones. (...)”. (Subraya y Negrilla de la Sala).

Lo anterior conlleva que deba modificarse este punto de la decisión, en tanto impone como una obligación en cabeza de la entidad de pensiones encargada de recibir al afiliado, el reconocimiento pensional, sin contar con la consolidación de los elementos económicos y documentales para tal fin.

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

Finalmente, frente a lo argüido por la mandataria de **PORVENIR** en cuanto a que la condena en costas debe abarcar también a **COLPENSIONES**, de entrada, advierte esta Corporación que no es la AFP a quien le asiste interés sobre esa condena, pues quien se beneficia de la imposición de este rubro es la PARTE DEMANDANTE, consecuencia de ello, carece de legitimación en la causa el fondo privado de pensiones para reclamar la extensión de tal condena a las demás entidades demandadas.

Además, debe tenerse en consideración que la concurrencia de la administradora codemandada tiene su génesis en la convocatoria que se le hizo por la justicia, y al libre ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, pero siempre ha sido un tercero de buena fe frente al acto de traslado del cual se predica la ineficacia, debiendo comparecer a este tipo de litigios para atender las pretensiones relativas a la reactivación de la afiliación y recepción de los dineros a trasladar, que corresponden a pretensiones consecuenciales a la ineficacia, razón por la que no hay lugar a condenarla por costas.

Con todo, se modificará parcialmente el numeral TERCERO (enunciado como cuarto en el audio), en lo que respecta a la orden impuesta a **COLPENSIONES**, atinente a que, una vez el accionante lo solicite, se abstenga de negar la pensión al demandante en razón a la falta de traslado de los recursos provenientes de la administradora del RAIS, como consecuencia de la ineficacia aquí declarada, confirmándose en lo demás la decisión. Las costas de esta instancia estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, sin costas a cargo de **COLPENSIONES** dada la prosperidad parcial del recurso.

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 parcialmente el numeral **TERCERO** (enunciado como cuarto en el audio) de la parte resolutive de la Sentencia del 3 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará así:

“(…) ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, empresa industrial y comercial del Estado, sucesora procesal del ISS liquidado, representada por Juan Miguel Villa Lora o por quien haga sus veces, a recibir el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual ya indicados, y a reactivar la afiliación del demandante y brindar las garantías de la misma sin solución de continuidad, e igualmente a actualizar el histórico laboral de aportes, incluyendo los realizados a PORVENIR S.A. (…)”

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

TERCERO: Las **COSTAS** están a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada