



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

| | |
|-------------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO |
| DEMANDADOS | COLPENSIONES y PORVENIR S.A. |
| PROCEDENCIA | JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN |
| RADICADO | 05001-31-05-011-2020-00201-01 |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN y CONSULTA |
| TEMAS Y SUBTEMAS | - Ineficacia de Primera Afiliación |
| DECISIÓN | REVOCA PARCIALMENTE |

SENTENCIA No.002

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

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 TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta No.001 de 2023, 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 No. 056 del 26 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

Se reconoce personería a la abogada ANA MARÍA PINEDA JARAMILLO, identificada con T.P. No. 226.051 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 4 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad de su afiliación al RAIS, y se entienda válidamente afiliada y sin solución de continuidad al RPMPD. **2)** Que consecuencialmente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladarla con destino a **COLPENSIONES**, reintegrando igualmente el saldo existente en su cuenta de ahorro individual, atinente a los aportes efectuados, junto con los rendimientos, intereses, bono pensional y gastos de administración; sin descuentos por concepto de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima. **3)** Así mismo, deprecó se ordene a **COLPENSIONES** recibirla inmediatamente como su afiliada integrando en su historia laboral los recursos provenientes del RAIS, y que, de consuno con la AFP, anulen los registros en donde pudiese aparecer como afiliada a **PORVENIR S.A.**

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 11 de marzo de 1964, y comenzó a laborar con el municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia) entre 1987 y 1995, entidad que inicialmente estuvo a cargo de su prestación pensional en amparo de un régimen anterior a la Ley 100 de 1993.

Que el 30 de junio de 1995 se trasladó de régimen con destino a **PORVENIR S.A.**, previa conversación con asesores de esa entidad, quienes la persuadieron de decidirse por el traslado, argumentando para ello que el ISS estaba en quiebra y se acabaría, razón por la cual sus aportes estarían más seguros en el fondo privado, en donde expuso, según la información brindada, habría mayor rentabilidad, siendo más favorable para su futuro pensional, aunque no le fue realizado cálculo alguno.

Que, convencida de haber tomado la mejor decisión, la actora no volvió a preocuparse por su situación pensional, aunado a que, tampoco fue contactada posteriormente por parte de **PORVENIR S.A.** Sin embargo, expuso que, al momento de su afiliación, no fue asesorada en aspectos como el capital que debía acumular para obtener la pensión, lo relacionado con el bono pensional y su redención, el porcentaje de la cotización destinado a los gastos de administración y demás, que el monto de la pensión dependía de las fluctuaciones del mercado, así como de la edad de los beneficiarios, lo que en cierta medida arrojaría una mesada inferior en comparación con la que podría reconocer el RPMPD. Así mismo, manifestó que no fue ilustrada sobre las modalidades pensionales existentes.

A partir de lo expuesto, indicó que la AFP no explicó las consecuencias reales de la decisión trascendental del traslado, circunstancias de las que solo pudo enterarse a través de información obtenida por colegas y compañeros pensionados en el RAIS, evidenciando que no le era posible cambiarse al RPMPD en virtud de su edad, sintiéndose engañada por cuenta del fondo privado, razón que la llevó a presentar derecho de petición ante **PORVENIR S.A.** a fin de que certificase la situación expuesta, obteniendo como respuesta que, a la edad de 57 años su expectativa pensional se consolidaría con la garantía de pensión mínima, lo cual significa la imposibilidad de acceder a una mesada acorde a sus ingresos.

Que, por lo anterior, solicitó tanto a la AFP como a **COLPENSIONES** la ineficacia o nulidad de su traslado al RAIS, petición finalmente negada por ambas entidades (f. 1 a 14 Archivo 002 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PORVENIR S.A.** indicó que la vinculación de la actora a esta entidad fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada en las implicaciones de su decisión. Con base en esa premisa, propuso las excepciones de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 29 Archivo 010 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA O NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; PREVALENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 16 Archivo 011 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 056 del 26 de mayo de 2022, declaró la ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, dispuso lo siguiente:

“(...) *SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE*

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a trasladar del RAIS al RPMPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE los aportes de la demandante como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, y, también deberá trasladar la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que la actora estuvo vinculada a dicha administradora, en razón a la declaración de la ineficacia de la vinculación.

TERCERO: *Se ORDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a indexar los dineros a devolver por gastos de administración, costos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, además del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causado en el tiempo en que estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna, igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes y demás información importante que los justifique.*

CUARTO: *La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE deberá recibir los dineros entregados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, y activar la vinculación de la señora ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO al RPMPD sin solución de continuidad.*

QUINTO: *Las COSTAS están a cargo de las entidades demandadas, dentro de las cuales se fija como agencias en derecho la suma de \$1'500.000,00 correspondiendo el valor de \$1'000.000,00 a PORVENIR SA., y la suma de \$500.000,00 a cargo de COLPENSIONES EICE. (...)"*

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que, si bien el fallador de primer grado concluyó que no se le brindó la información debida a la demandante, contrario a ello, su representada siempre cumplió con sus deberes legales, añadiendo que, conforme el artículo 9 Código Civil (C-657 de 1997), la ignorancia de la ley no sirve de excusa, ello con la finalidad de hacer notar que, para la época del traslado la normativa vigente era la Ley 100 de 1993, cuyo desconocimiento no puede exonerar a la demandante de las consecuencias de su negligencia, sin que pueda imponérsele las cargas de ello a la AFP, exigiéndosele la demostración de documentos inexistentes para ese momento, más cuando la demandante suscribió el formulario de afiliación, documento totalmente válido que se presume auténtico. Frente a este punto, indicó que, para el citado momento tampoco estaba vigente la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la temática estudiada.

Reprochó que, a partir de lo expuesto, se generan una serie de condenas, entre estas, la devolución de lo relacionado con los gastos de administración, rubro que al tenor del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también son descontados en el RPMPD, al paso que, aclaró, estos recursos no forman parte de la financiación de la pensión de vejez, siendo susceptibles de considerarse prescritos. Así mismo, anotó que en conceptos de la Superintendencia Financiera, los únicos recursos a devolver corresponden a los aportes y rendimientos, dejando por fuera, por ejemplo, lo relativo a las primas de seguros y los gastos de administración, los cuales, de tener que devolverse, generarían un enriquecimiento sin causa en cabeza de **COLPENSIONES**, entidad que no administró tales recursos, sumado al perjuicio que se causa a raíz de tener que devolver estos emolumentos de manera indexada, generando así una doble condena por este aspecto.

Finalmente, el mandatario de **COLPENSIONES** mostró su inconformidad respecto de la decisión, solicitando la revisión de la normativa aplicable, como los Decretos 663 de 1993, 692 y 720 de 1994, que impusieron responsabilidades exclusivas a cargo de los fondos privados, por lo que es viable cambiar el esquema de responsabilidad, dado que, ante una eventual responsabilidad en cuanto al reconocimiento pensional en cabeza de esta por el 100% de la prestación, transgrediría lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto al principio

de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, el principio de legalidad y la confianza legítima, pues su representada no tiene por qué asumir las cargas derivadas de la desatención de las obligaciones del fondo privado, descapitalizándose así los recursos comunes y públicos de todos los afiliados al RPMPD, con lo cual, en su criterio, debe responsabilizarse al verdadero causante de las omisiones al estar demostrada la falta al deber de información y de buen consejo.

Apuntó contra la condena en costas, alegando que a esta entidad debe tenerse como un sujeto ajeno al litigio, puesto que no incurrió en omisión alguna para generarlo, añadiendo que el artículo 365 CGP faculta a los operadores judiciales para verificar si procede o no condena por este concepto.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, conforme la línea jurisprudencial de la Sala de Casación de la CSJ respecto de la temática estudiada, en la que se ha señalado por el Alto Tribunal el cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP, mismo que, de no ser acatado, da lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. A continuación, pidió que, en virtud del grado de consulta, se ordene al fondo la devolución a **COLPENSIONES** de la totalidad del ahorro existente en su cuenta individual, incluyendo los frutos e intereses, sin descuento de ninguna naturaleza (Archivo 04 ED Tribunal).

Por su parte, la mandataria de **COLPENSIONES** reiteró los argumentos expuestos en la sustentación de la apelación (Archivo 03 ED Tribunal).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** alegó pidiendo la revocatoria de la sentencia, en la medida en que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento, y ninguna de las circunstancias del artículo 1741 código civil, lo que conduce a tener como eficaz el traslado realizado, aunado a que tampoco aparece tan clara la ejecución de actos atentatorios contra el derecho a la libre selección del afiliado, conforme lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que, en su consideración, ni siquiera se acerca a lo reglamentado en el ámbito civil, como tampoco al artículo 899 del código de comercio, que tampoco aplica en este punto.

Así mismo, expuso que el formulario de afiliación se presume auténtico (Art. 243 y 244 CGP y 54A CPLSS), y es contentivo de la declaración acerca de que la selección de régimen fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia en el régimen privado, resaltando que, de su parte, garantizó el derecho de retracto a la reclamante, en consonancia con el Decreto 1161 de 1994.

Que en el hipotético caso de considerar invalido el negocio jurídico, por disposición del artículo 113 de la Ley de 1993, los dineros a trasladar son los obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, lo que impide devolver sumas distintas, citando como refuerzo de sus argumentos el artículo 1746 código civil, relativo a las restituciones mutuas, para mencionar de entrada no debe imponerse la devolución de los gastos de administración y primas de seguro previsional, emolumentos susceptibles de prescribir de conformidad con los artículos 488 CST y 151 CPLSS (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 vinculación 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 **ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO** se vinculó laboralmente al servicio del municipio de San Pedro de los Milagros desde el 15 de marzo de 1987 (Documento 04 Archivo 19 ED).
- (ii) Que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 30 de junio de 1995 (f. 64 Archivo 010 ED).
- (iii) Que la actora solicitó a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** el traslado de régimen, petición negada por estas entidades en comunicados de los días 20 y 21 de mayo de 2020 (Documentos 09 a 12 Archivo 19 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Para desatar la controversia propuesta, 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, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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.

Se desprende de lo anotado, 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 los formularios de afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 64 Archivo 010 ED), contrario a lo sostenido por la AFP apelante, nada se indica respecto de las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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 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 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 consideración a su condición de gestores profesionales del sistema financiero en el tema pensional, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP **PORVENIR S.A.**, mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS, mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación 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, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, pues si bien se practicó interrogatorio de parte a la accionante, no logra extraerse confesión alguna que la perjudique.

De igual modo, aunque el fondo pensional asegura, como lo hizo su apoderada, que la decisión fue libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por cuanto, reitera, en el expediente no obra prueba que permita inferir que la AFP **PORVENIR S.A.**, entidad a la cual se afilió en la primera ocasión la accionante, cumplió con el deber de brindar una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales.

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, 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 la llevaron a aceptar su vinculación al RAIS fueron vanas, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de obtener mejores prerrogativas, independiente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía

afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, respecto de lo argüido por el apoderado de **COLPENSIONES** en cuanto a modificar la responsabilidad en punto a la asunción de las prestaciones pensionales en cabeza del fondo privado, es menester indicar que, dicha solución 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 cual 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 de la Sala).

Corolario, 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 afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

De igual forma, es preciso señalar que, pese a que como se advierte, la demandante nunca estuvo afiliada al entonces **ISS** o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD creado por la Ley 100, no por este hecho sea dable considerar que no tenía la opción de escoger el régimen que más le favoreciera entre las dos posibles opciones que se le presentaban (RPMPD y RAIS), por cuanto es evidente que para ese momento, tenía como cualquier otro usuario, la oportunidad de afiliarse a uno u otro régimen, debiendo recibir como cualquier otro interesado la correcta información acerca de cuál podría serle el más favorable; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informada cabalmente sobre las condiciones de los regímenes del sistema.

Una conclusión en sentido contrario comprometería el principio de igualdad, avalando un trato discriminatorio frente al grupo de población que no venía vinculado con anterioridad a un ente de seguridad social integrado al RPMPD, como si no fueran aquellos destinatarios del derecho de información para resolver acerca de la selección de régimen, instituido en las voces del artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS, es lo procedente, que la señora **ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso en evidencia ante el ente de seguridad social al solicitar la afiliación a esta entidad (Documento 12 Archivo 19 ED), que fuera negada por estar a menos de diez (10) años de la edad mínima pensional (Documento 13 Archivo 19 ED).

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación 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 afiliada, 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.** no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no remitirlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocada 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 económico invocado por el apoderado de esta 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 citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado por sus apoderadas, 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 una afiliación imperfecta, 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 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 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 lo relativo a los **rendimientos** habría que indicar 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, 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.

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 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.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación inicial de la demandante al RAIS, junto a las consecuencias impuestas a cada una de las demandadas.

No obstante, cabe reseñar que el *a quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual advierte la Sala no deviene procedente su devolución, en razón a que no se trata aquel de un fondo exclusivo del RAIS, como si lo es el *Fondo de Garantía de la Pensión Mínima*, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

El *Fondo de Solidaridad Pensional* se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados, según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003), recursos que una vez recaudados deben ser trasladados a aquel en los términos y condiciones que señale el Gobierno Nacional.

En las voces del artículo 26 de la ley 100, se establece que este fondo tiene como propósito “*subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional*”, es decir, que no pueden entrar a formar parte del fondo común que se constituye para la garantía de las pensiones del régimen prima media (sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), de donde se colige que su devolución es improcedente, por cuanto tienen una destinación específica, que de ningún modo podría modificarse para contribuir a la financiación de las pensiones del RPMPD, en razón de lo cual se procederá a REVOCAR la orden impartida en el fallo del *a-quo* sobre la devolución de este emolumento.

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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

Finalmente, en cuanto al reproche de **COLPENSIONES** respecto a las costas procesales impuestas a su cargo, debemos indicar que este cuerpo colegiado estima que el Art. 365 del Código general del proceso, norma aplicable en materia laboral conforme a las voces del Art. 145 de nuestro estatuto procesal del trabajo y de la seguridad social, establece en su regla 1ª que: “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”; sin embargo, en el caso de la citada Administradora de Pensiones, es importante tener en cuenta que la condena que se emite no deviene de una actuación que fuese reprochable a esa entidad, sino que fue convocada a juicio a fin de atender los efectos de la pretensión principal, ineficacia de una afiliación, que derivó de la desidia de un tercero frente al demandante, y se trajo al proceso para que aquella reciba a la actora, a quien se le debe garantizar su vinculación al sistema general de pensiones, ante la pretendida ineficacia de su vinculación al fondo al que se encuentra afiliada en la actualidad, así que las condenas que asume solo surgen como consecuencia de la decisión de esta providencia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, lo que nos lleva a revocar parcialmente este punto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV. No se impone condena en costas a cargo de **COLPENSIONES** dada la prosperidad parcial del recurso.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia No. 056 del 26 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por **ÁNGELA MARÍA MARÍN TAMAYO** en contra de la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, en cuanto dispuso el traslado de los aportes destinados al *Fondo de Solidaridad Pensional*, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la Sentencia estudiada, en lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**, y en su lugar, absolver a dicha entidad de este rubro.

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA