



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-001-2018-00634-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen - Pensión de Vejez Ley 797 de 2003 – Empleado Público
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.035

Medellín, veintisiete (27) de febrero 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 N°001 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 224 del 2 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia **PORVENIR S.A.**, teniéndose como si nunca se hubiere trasladado de régimen pensional. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con sus respectivos rendimientos financieros. **3)** De otro lado, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** aceptar su traslado, así como los recursos provenientes del RAIS. **4)** Así mismo, solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir de la fecha de cumplimiento de los requisitos, al igual que los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las sumas resultantes. **5)** Por último, reclamó condenar a **PORVENIR S.A.** los perjuicios ocasionados.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 22 de diciembre de 1960, afiliándose en pensiones desde 1979 a través de su empleador Inversiones GKB, para vincularse posteriormente al servicio del municipio de Medellín desde el 19 de julio de 1979.

Que en el mes de marzo del 2000 se afilió a **PORVENIR S.A.**, aludiendo que fue abordada por un asesor de esa entidad, quien sin explicarle las ventajas y desventajas de cada régimen le ofreció el traslado, sin aclararle que tal decisión la perjudicaría en lo referente al reconocimiento de la pensión de vejez, por lo cual consideró que fue inducida a error, como quiera que solo le fueron indicados los beneficios que tendría en el RAIS, pero en ningún momento recibió información sobre la forma en que obtendría la pensión en dicho régimen, tampoco recibió proyección de la eventual mesada, es decir, no fue ilustrada con elementos suficientes para decidir cuál era la mejor opción, ya que, de haber recibido esta, no hubiere optado por trasladarse.

Así indicó, al haber tergiversado la información el fondo de pensiones, su afiliación al RAIS es nula o ineficaz, debiendo restituirse a su situación anterior, más cuando desde 2017 cumple con los requisitos para pensionarse en ambos regímenes. En este punto, expresó que en proyección realizada en 2018 por parte de **PORVENIR S.A.**, al comparar las mesadas que podría recibir, la calculada en el RPPMPD es superior a la liquidada en el RAIS, cuestión que la ha sumido en un estado de preocupación y desazón, pues además del hecho de tener que tramitar acciones judiciales como la presente demanda, le conlleva a que deba seguir laborando, contrariando con ello su proyecto de vida y el de su familia (f. 2 a 14 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE REACTIVAR LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA PENSIÓN DE VEJEZ A LA DEMANDANTE; BUENA FE DE COLPENSIONES; INCONFORMIDAD CON EL EVENTUAL MONTO PENSIONAL NO CONSTITUYE CAUSAL DE INEFICACIA DEL TRASLADO; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 76 a 83 Archivo 01 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** planteó su defensa desde el argumento relativo a que no es posible declarar la ineficacia de traslado solicitada, al no existir vicio del consentimiento en la decisión de la demandante de trasladarse al RAIS. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *PRESCRIPCIÓN; PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIDO y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA* (...)” (f. 105 a 120 Archivo 01 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia Ordinaria No. 224 del 2 de noviembre de 2021, decidió:

“(…) **PRIMERO:** DECLARAR la *ineficacia* de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara la accionante **MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA**, con CC 43.007.385, el día 28 de marzo del 2000, a la AFP **PORVENIR S.A.**, con NIT 800.144.331-3 y representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ, por falta al deber de información

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, con NIT 900.336.004-7 y representada legalmente por JUAN MIGUEL VILLA LORA, tener a la demandante *válidamente afiliada* al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual como se indicará a continuación.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a **COLPENSIONES**, incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, estos porcentajes deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.

CUARTO: DECLARAR que **MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA** tiene *causado* el derecho a la pensión de vejez, prestación que será reconocida por **COLPENSIONES** previa solicitud de la afiliada y una vez cumplido con lo dispuesto en el numeral anterior, debiéndose acreditar el retiro del sistema para el disfrute.

QUINTO: DECLARAR *probada*, oficiosamente, la excepción de FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, solo frente a los perjuicios reclamados, y *no probadas* las excepciones propuestas por las demandadas, conforme la parte motiva de este proveído. (...)”.

En consonancia con la decisión asumida, condenó a **PORVENIR S.A.** al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión solicitando su revocatoria, tras considerar que no hay razón para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, para el momento de afiliación de la demandante, la información le fue brindada conforme a los lineamientos normativos vigentes para la época (Art. 97 Decreto 663 de 1993 y Circular 019 de 1998 emanada de la Superintendencia Bancaria), acto entendido como válido y con el consentimiento del usuario, materializado a través de la firma del formulario, tal como ocurrió con la demandante, a quien, indicó, se le brindaron elementos de juicio claros objetivos para que escogiera la mejor opción de mercado, como lo aceptó en su interrogatorio de parte, oportunidad en la que manifestó haber recibido bastante información sobre el RAIS, afirmando que, en efecto, se le explicaron varios temas, entre estos, la posibilidad de heredar la pensión, la generación de rendimientos y hacer aportes voluntarios, motivos por los que no puede concluirse una falta de otra clase de información, que además no era obligatoria para la AFP, puesto que para la época no se exigía documentar la asesoría.

A continuación, expuso que, el fin de regresar al RPMPD no es la falta de información, sino la expectativa pensional de la actora, situación de la que se colige la falta de vulneración del derecho a la libre selección de régimen, en la medida en que aquella circunstancia es contraria a lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia.

De otro lado, apuntó contra la condena tendiente a la devolución de los gastos de administración, por tratarse de un descuento legal que opera en ambos regímenes, destinado precisamente al pago de las cuotas de administración, y los seguros previsionales para la pensión de invalidez y sobrevivencia, haciendo hincapié en que dicho rubro no está destinado a financiar la pensión de vejez de la afiliada, argumentos reforzados a partir de concepto emitido por la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020, que precisa que los únicos emolumentos a devolver a **COLPENSIONES**, son las cotizaciones efectuadas, junto con sus respectivos rendimientos.

Que devolver tales sumas constituiría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la citada entidad, por cuanto dicha devolución no tiene fundamento legal, teniendo entonces derecho su representada a conservar estos gastos como restitución mutua en razón de la buena gestión de los recursos de la actora, ello al tenor del artículo 1746 código civil. Por último, añadió que, si la decisión se apegara a lo establecido legalmente para la ineficacia, no procedería la devolución de los gastos de administración, como tampoco de los rendimientos, en virtud a la inexistencia de la de la afiliación.

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 oportuno, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión expresando que, de acuerdo con el concepto general de ineficacia, aquel no se equipara con la idea de ineficacia amplia que viene siendo aplicada por la Jurisprudencia en estos casos.

Adujo que para lograr el traslado de un régimen a otro, debe acudirse a lo dispuesto en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, añadiendo que no están teniendo en consideración las etapas que a lo largo del tiempo se han consagrado respecto del deber de información con el Decreto 663 de 1993, Ley 1329 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 emanada de la Superintendencia Financiera, no siendo viable el análisis del cumplimiento de dicho deber con normatividad que no estaba vigente al momento del traslado de la demandante, pues ello derruye el principio de confianza legítima, legalidad y el debido proceso.

Así mismo, explicó que, conforme a las Sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, nadie puede resultar beneficiado a costa de los recursos ahorrados por los demás afiliados, además porque el derecho a la libre exigencia de régimen no es absoluto y debe atender a criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, bono pensional, frutos, rendimientos, y prima de reaseguro FOGAFIN (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, según las pruebas recaudadas, 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.

Solo de prosperar la ineficacia, se analizará si la actora acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez que reclama del régimen de prima media, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de la misma, la cuantía de la mesada y el retroactivo.

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 **MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA** nació el 22 de diciembre de 1960, conforme lo muestra la copia del documento de identidad visible a folio 18 Archivo 01 ED.

- (ii) Que estando afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1979 y el año 2000, la actora se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP **PORVENIR S.A.** el 28 de marzo del 2000 (f. 40 a 45 y 49 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el 12 de septiembre de 2018 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** que declarase la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen al RAIS y el reconocimiento pensional, petición negada en comunicado de la misma fecha (f. 50 a 56 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

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

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole.

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014).

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su génesis, 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 públicos y privados de pensiones.

Lo anotado 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 afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

De ello 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 del demandante a **PORVENIR S.A.** (f. 49 Archivo 01 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha 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 la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, 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 vinculación 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 cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que no emerge del interrogatorio de parte (Min. 10:20 a 34:13 Parte 1 Archivo 10 ED), en el cual no se observan afirmaciones de la actora que pueden considerarse como confesión en los términos del artículo 191 CGP, como lo considera la demandada **PORVENIR S.A.**, toda vez que únicamente aceptó haber recibido información sobre las ventajas del RAIS.

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 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 hacia aquella.

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 ilusorias, 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, 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 2° 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 la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría

un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora en las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar 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 esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** y 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 la AFP demandada, pues pese a lo señalado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

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

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la

parte actora.

En 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 del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas, siendo del caso confirmar la decisión en este aspecto.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendido 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 ineficacia se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose a las consecuencias económicas que de esta derivan (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.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Respecto el segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, la Juzgadora de primer grado, consecuencial a la ineficacia declarada, antecedido del estudio de las exigencias establecidas en la Ley 797 de 2003, accedió a condenar a la citada entidad a reconocer y pagar a la pensión de vejez en favor de la accionante una vez esta lo solicite, previo retiro del servicio.

No obstante, escrutada la totalidad de la prueba arrojada al proceso, encuentra la Sala que la demandante ostenta la calidad de **empleada pública**, cuestión que aparece acreditada conforme certificado de información laboral de folios 46 a 48 Archivo 01 ED, del cual se extracta que la citada funge como “*Secretaria Tramitadora*” del Municipio de Medellín desde el 19 de julio de 1994, punto incluso aceptado por la propia señora **CANO MONTOYA** al momento de rendir interrogatorio de parte (Min. 10:20 a 34:13 Parte 1 Archivo 10 ED).

Frente a esto, valga recordar que, a fin de precisar si el cargo en comento pertenece a aquella categoría de trabajadores oficiales, o, por el contrario, fungió como empleado público, debe la Colegiatura remitirse a lo señalado en el artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986 que precisa: “*Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales*”.

De ahí que la actividad de la demandante no pertenece a aquellas destinadas a la “*construcción y sostenimiento de obras públicas*”, a efectos de asumir el estudio del problema jurídico trazado desde el escrito gestor, pues pese a lo argumentado allí, es deber memorar que la naturaleza de la vinculación tiene su origen en el ordenamiento legal, y no “*(...) la voluntad de las partes, ni la forma de vinculación, ni el tratamiento que se le haya dado al trabajador (...)*”, como bien lo ha adocinado la Jurisprudencia Especializada Laboral en múltiples pronunciamientos (SL1109-2021 del 24 de marzo de 2021).

Con base en lo dicho, es deber recordar que, conforme el artículo 2° del CPLSS, modificado por la Ley 712 de 2001, la Jurisdicción Ordinaria en su Especialidad Laboral, conoce de: “(...) 4. *Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.* (...)”.

De igual modo, en relación con los conflictos surgidos entre administradoras del sistema pensional de derecho público, y afiliados con la calidad de empleados públicos, según la intención del legislador, corresponde, como regla general, dirimirlos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con el numeral 4° del artículo 104 CPACA, el cual señala que será de su conocimiento: “*además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa*”. Y de manera especial, de los procesos “*relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público*”.

La anterior reseña sirve para tener claro que, si la controversia inmiscuye, por ejemplo, a una entidad de derecho público y a un trabajador oficial, debe ser resuelta por el Juez del Trabajo, pero, en cambio, si la disyuntiva tiene en este último extremo a un empleado público, y una administradora del Sistema de Seguridad Social de carácter público, como lo es para el caso, **COLPENSIONES**, es la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la encargada de darle curso.

De lo expuesto se colige, entonces, que la jurisdicción competente para resolver el punto relativo a la pensión de vejez perseguida por la actora, dada la calidad de empleada pública ostentada por aquella, no es la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sino la Contenciosa Administrativa, a la cual, se reitera, le corresponde conocer de los procesos originados en los conflictos de esta clase de servidores y entidades estatales intervinientes en el entramado de la seguridad social, circunstancia que se evidencia en el presente caso, máxime cuando por disposición del artículo 16 del C.G.P., “*la jurisdicción y la falta de competencia por los factores subjetivos y funcional son improrrogables*”, y es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes, conforme al artículo 29 de la misma obra legal.

Sobre este tema, importa traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Auto A-406 de 2021, en el que, al definir un conflicto de jurisdicción, consideró que:

“(...) según el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción ordinaria conocerá de todos los asuntos que no estén asignados a cualquier otra. Por su parte, el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará “*las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos*

(...)

si al momento de causar la pensión el demandante tuvo la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto. En concreto, en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica (determinada por la naturaleza del vínculo laboral y las funciones que desempeña) del sujeto que demanda (...)” (Subraya y Negrilla de la Sala).

En dicha decisión, anotó el Alto Tribunal que, para el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura la naturaleza de la vinculación del trabajador, **al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente, criterio que se justifica en la**

necesidad de establecer un hito que permita definir a cuál autoridad corresponde decidir el asunto. Además, acotó que el numeral 4° del artículo 104 del CPACA, se refiere de manera exclusiva a la categoría de “*servidores públicos*”, con la precisión de que la competencia se circunscribe al examen de la relación legal y reglamentaria, la cual es predicable de los empleados públicos.

Concluyendo que, si al momento de causar la pensión la parte actora tiene la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto; puntualizando que en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: **la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica del sujeto que demanda.**

Y es que, si bien no se desconoce que, previamente, la accionante registró afiliación a un fondo privado, producto de la ineficacia se genera el retorno automático al RPMPD sin solución de continuidad, sobre el entendido que nunca se trasladó de este régimen pensional, regresando a **COLPENSIONES**, entidad pública a la que finalmente se ordena el reconocimiento pensional, verificándose, a partir de lo planteado en la demanda, que los pedimentos de ineficacia y reconocimiento pensional son principales, pero que, en atención a lo explicado atrás, deben ser estudiados por vías judiciales diferentes.

Este acontecer procesal permite colegir que, en el caso de autos, no es viable estudiar lo relacionado con la pensión de vejez ordenada en la sentencia apelada y consultada, de conformidad con lo establecido en los artículos 16 y el numeral 1° del artículo 133 CGP (sustentada igualmente con el contenido de los artículos 132, 134 y Sentencia C-537 de 2016), debiendo abstenerse de efectuar tal análisis, pues, consecuencial a lo considerado atrás, resulta viable declarar la falta de competencia para resolver sobre la pretensión pensional, como lo ha autorizado la Jurisprudencia Constitucional en Sentencia T-064 de 2016:

“(...) la determinación adecuada de la jurisdicción que ha de resolver un litigio es un presupuesto de vertebral relevancia, en tanto de allí emana la validez misma del proceso, toda vez que un vicio como la falta de jurisdicción conlleva a que las actuaciones procesales resulten afectadas por una nulidad que no es susceptible de saneamiento alguno. Y agrega la Corporación: En esa medida, para la autoridad judicial que advierta la presencia de semejante defecto, resulta obligatorio declarar el vicio detectado y adoptar las medidas tendientes a que el trámite sea renovado con estricto apego al debido proceso. De esa forma, el juez consigue legitimar la administración de justicia y concretar la eficacia de los derechos de las partes enfrentadas, materializando así los fines estatales que la Constitución ha trazado. Por el contrario, aquel juez que evada dicho imperativo, eludiendo las funciones que le atañen como director de la contienda, perpetuará la transgresión del debido proceso y avalará la perversión derivada de las decisiones dictadas tras un juicio enteramente antijurídico (...).”

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de revocarse el numeral cuarto de la sentencia estudiada, para en su lugar, declarar la falta de competencia para resolver lo atinente a la pretensión pensional elevada por la demandante. Se confirmará en lo demás la decisión, esto es, en lo atinente a la ineficacia del traslado de régimen declarada. Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma equivalente a UN (1) SMMLV.

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 el numeral **CUARTO** de la Sentencia Ordinaria No. 224 del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar, declarar la falta de competencia de la Sala para resolver sobre la pretensión pensional elevada por la señora **MARÍA PATRICIA CANO MONTOYA**, de acuerdo con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo 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 UN (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA