

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 011 2019 00419 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.017

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°003 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. 011 del 02 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de las cotizaciones, bonos y rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados. Igualmente, solicitó que se imponga a la primera la devolución de lo descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, prima de reaseguro de FOGAFIN, y las primas del seguro previsional.**3)** Deprecó porque se ordene a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes del RAIS. **4)** Por último, reclamó condenar a **PORVENIR S.A.** al pago de la indemnización por perjuicios morales equivalente a la suma de 100 SMLMV.

En subsidio de lo anterior, solicitó: **5)** Declarar que **PORVENIR S.A.** la engañó al momento del traslado de régimen pensional. **6)** Que, en virtud de lo anterior, se condene a la AFP al reconocer y pagar la indemnización por perjuicios materiales, consistente en exigir y

aplicar lo relativo a edad, semanas y monto de la mesada pensional que le hubiere correspondido en el RPMPD, así como los perjuicios morales cuantificados en la suma equivalente a 100 SMLMV.

Como sustento de lo deprecado, manifestó que nació el 31 de mayo de 1966, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que realizó aportes desde 1985 hasta 2003, año en el que fue abordada por un asesor de **PORVENIR S.A.**, quien le informó, entre otras cosas, que el Instituto desaparecería, caso en el cual la AFP le aseguraría la pensión, aunado a que también existía la posibilidad de que la prestación era heredable.

Sin embargo, expuso que no le fueron indicados los pro y contras de aquella decisión, en tanto no recibió asesoría sobre las características de los regímenes a fin de tener la oportunidad de escoger. Así mismo, expuso que no recibió ningún dato sobre los requisitos en el RPMPD para acceder a la pensión de vejez, la situación del bono pensional, y si en realidad existía la posibilidad de pensionarse anticipadamente, así como el monto a cotizar para llegar a la garantía de pensión mínima. Además, señaló, el fondo no realizó proyección o cálculo de lo que podría ser su mesada pensional, al paso que tampoco le advirtió sobre la prohibición de traslado al llegar a cierta edad.

Que en respuesta a petición formulada el 5 de febrero de 2019, **PORVENIR S.A.** le informó que, a la edad de 59 años, su mesada pensional equivaldría al SMLMV, y que, de no haberse trasladado, su pensión ascendería de \$1.121.400.

Por último, refirió encontrarse en una profunda crisis emocional debido a la incertidumbre pensional, situación que le ha generado perjuicios emocionales, físicos y económicos, toda vez que no está interesada en recibir una mesada tan bajita, viéndose obligada a continuar trabajando (f. 5 a 18 Archivo 01 ED)

CONTESTACIONES

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO DE RÉGIMEN; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE e IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 80 A 85 Archivo 01 ED).

A su turno, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación de la demandante acaeció por una decisión informada y libre de presiones o engaños. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 141 a 171 Archivo 01 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 011 del 02 de febrero de 2022, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación al RAIS de la señora MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 42.769.907 administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA. (...).

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a trasladar los aportes de la demandante referentes a las cotizaciones con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración, las primas de los seguro de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de los reaseguros

de fogafín, los bonos pensionales de existir los mismos, y, en caso de haberse generado, los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada dicha administradora.

TERCERO: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE deberá recibir los dineros entregados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, y reactivar la afiliación de la señora MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO sin solución de continuidad.

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

QUINTO: NO PROSPERA la excepción de PRESCRIPCIÓN y las de COMPENSACIÓN y PAGO (...). propuesta por la entidad demandada PORVENIR SA.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES EICE y PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora (...)."

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia aduciendo que, si bien existe precedente jurisprudencial sobre la temática, este no debe aplicarse de manera objetiva, argumento que sirve de base para exponer que no le asiste razón al Juzgador al declarar la ineficacia del traslado a partir de una falta de información, toda vez que no era obligatorio por parte de su representada dejar un documento diferente al formulario de afiliación (Circular 019 de 1998 Superintendencia Bancaria), formato en el cual quedaba plasmada la voluntad de la afiliada, con lo cual, expuso, la entidad cumplió con sus obligaciones, dado que la permanencia de la actora en el RAIS ha sido producto de una decisión libre y voluntaria ratificada con el paso del tiempo, citando como refuerzo de sus argumentos lo considerado en la Sentencia T-569 de 2015 en punto de la aplicación del principio de favorabilidad, a efectos de precisar que los recursos a trasladar solo conciernen a las cotizaciones y rendimientos financieros; sin embargo, en el fallo fueron condenados a efectuar todo tipo de devoluciones, entre estos, gastos de administración, primas de seguros, garantía mínima, entre otros.

Que lo anterior fue ordenado sin tener en cuenta que a la demandante nunca le interesó el tema pensional, pues como lo indicó la propia actora, su interés tiene que ver con el capital que recibiría como mesada. A renglón seguido, aseguró que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, descuentos que también operan en el RPMPD como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, toda vez que estos no forman parte integral de la pensión y están sujetos a prescripción. Igualmente, aseveró que la Superintendencia Financiera ha indicado que las únicas sumas a retornar son los aportes y los respectivos rendimientos.

Por su parte el apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, esbozando que no se tuvo en consideración lo señalado por la demandante en interrogatorio de parte, en la medida que recibió información clara y oportuna al momento de trasladarse. Que la discusión de la demandante gira en torno al monto de su mesada pensional, aspecto que no debería ser suficiente para declarar la ineficacia, al paso que, indicó, cada régimen tiene ventajas y desventajas, siendo la AFP privada la que debería reconocer la prestación económica, en tanto, de tener que ser recibida en el RPMPD, podría generarse un detrimento económico, dado que tendría que reconocer las prestaciones a las que hubiere lugar.

Que las personas consideradas “legas”, son aquellas que no tienen ningún estudio, lo que no ocurre en el proceso, en atención a que la demandante tiene formación universitaria, lo que le permitiría captar mejor la información para la toma de decisiones, punto del que solicitó su análisis, como quiera que se está auspiciando una actitud pasiva de la demandante por ser considerada la parte débil.

Apuntó que pese a recibir los aportes de parte de la entidad privada, en muchos casos estos recursos no son suficientes para sufragar la mesada pensional, insistiendo en que su pago debe ser asumido por la AFP y no por **COLPENSIONES**. Por último, reprochó la condena en costas al ser esta entidad llamada al proceso con el fin de salvaguardar el derecho a la seguridad social, siendo un tercero ajeno al negocio jurídico entre la actora y la AFP, máxime que la orden de recibir los valores y activar la afiliación de la reclamante es consecencial a la ineficacia declarada.

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** reiteró lo relacionado en cuanto a los deberes de las AFP de cara al acto jurídico de la afiliación o traslado, mencionando las condiciones exigidas para considerar satisfecho el deber de información, de conformidad con lo expuesto en la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, la Ley 1328 de 2009 y Ley 1748 de 2014, al igual que la inversión de la carga de la prueba en cabeza de las AFP en esta clase de asuntos (Archivo 04 ED Tribunal).

Por su parte, la mandataria de **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 fue libre y voluntaria, postura ratificada con la permanencia de la afiliada en el régimen privado, resaltando que, por su parte, garantizó el derecho de retracto al 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 100 de 1993, los recursos 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, que 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 03 ED Tribunal).

Por último, la abogada de **COLPENSIONES** anotó que su defendida no participó en el acto de traslado realizado en su momento por el demandante, ni mucho utilizó maniobras contrarias a la Ley para obtener el traslado de los aportes de los afiliados con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, agregando que la voluntad de la parte actora fue un derecho que ejerció libre de todo vicio, aduciendo que actualmente se encuentra incurso en la prohibición que apareja el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003.

Luego, sostuvo que en los eventos de traslado de régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en cabeza de los fondos de pensiones, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos, puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, conllevando que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecten los intereses de su prohijada.

De otro lado, solicitó se revoque la condena en costas impuesta a la entidad, dado que, como ya se manifestó, **COLPENSIONES** es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado por la parte actora y la AFP, por lo cual no puede ser, ni beneficiada, ni perjudicada por el acto jurídico celebrado por las partes intervinientes, todo esto bajo el principio de relatividad de los contratos, lo anterior significa que como un tercero no puede inferir en los convenios estipulados entre las partes que celebraron el contrato de afiliación, aún más, no es la entidad encargada de dirimir si el traslado fue eficaz o no. Su razón de ser radica en el derecho de la libertad contractual que las partes tienen, que se fundamenta en que, por voluntad libre, los sujetos contractuales se obligan. La misma disposición legal establece que la autonomía de las personas que intervienen en el contrato puede ser limitada por causas legales o por propia voluntad.

No obstante, si la decisión de la sala es confirmar la sentencia de primera instancia, deprecó que el fondo privado devuelva a **COLPENSIONES** los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, tal como lo estableció en su momento la sentencia 68838 de mayo 8 de 2019, que remite a las sentencias SL 31989 - 2008; SL4964 de 2018, SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019, de forma indexada, toda vez que, durante este tiempo se privó a mi representada de dichos dineros (Archivo 05 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora demandada.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, así como a revocar la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO**, estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1985 y 2001, el 7 de marzo de 2003 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual

administrado por **PORVENIR S.A.**, entidad en la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 36 Archivo 01 ED y Archivo 03 ED).

- (ii) Que el 9 de julio de 2019 la demandante solicitó la afiliación al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, petición a la que no accedió esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 24 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses.

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere 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 anterior les implica a las AFP 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 acarrearba tal selección, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

Surge así que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **PORVENIR S.A.** (f. 36 Archivo 01 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearba 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, atendiendo su condición de gestores profesionales del sector financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada. Esta situación, se reitera, les comporta el deber de ofrecer una información pertinente, relevante y suficiente sobre el producto que ofrecen, un régimen pensional, sin que quepa realizar discriminaciones en punto a la información que deben ofrecer, en razón de las condiciones académicas de cada afiliado, pues son los fondos como entes especializados en la administración del sistema pensional, los que tienen asignado dicho encargo, además de ser estos quienes conocen y manejan las particularidades y complejidades de un asunto tan técnico como es el sistema de seguridad social en pensiones, conocimiento que no le es exigible, ni imponible, al aspirante a afiliación del régimen.

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 a vinculación. Un ejercicio sensato que evidenciara para aquel, 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, pues si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 32:40 a 43:11 Archivo 16 ED), de ello no logra extraerse confesión que la perjudique. De igual forma, el hecho de que la demandante tenga formación profesional no permite extractar que conocía los pormenores del entramado pensional, como lo entiende el apoderado de **COLPENSIONES**.

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 a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, su 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 respecto de la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de quince (15) años, 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 sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, 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 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban

retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de la AFP demandada.

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 hay razón para que ésta no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora en las condiciones excepcionales de la ineficacia, se ve abocado a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD respecto de una persona que según las reglas de afiliación, ya no se presupuestaba que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad.

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que, toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a lo señalado por la apoderada de la AFP, 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** como se sostiene en el recurso de alzada 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.

En este orden de ideas, de acuerdo con todo lo considerado hasta aquí, y en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe complementarse la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, por lo que se adicionará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar a **PORVENIR S.A.** que los conceptos relativos a los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sean devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, es por lo que se ordenará que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

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

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 pública 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 Administradora de Pensiones debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con la demandante; así que las condenas que asume hoy aquella entidad solo surgen con 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, se revocará y adicionará la sentencia en los aspectos descritos anteriormente, 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.

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: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 011 del 2 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que los gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, recibidos con motivo de la afiliación de la señora **MARÍA BIBIANA RESTREPO GALEANO**, los cuales debe trasladar a **COLPENSIONES**, sean devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la Sentencia, respecto a la condena en costas impuesta a **COLPENSIONES**.


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

CUARTO: Las **COSTAS** en esta instancia 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