

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-015-2023-00012-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Primera Afiliación
DECISIÓN	REVOCA

SENTENCIA No. 276

Medellín, treinta y uno (31) de octubre 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° 040 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la **DEMANDANTE** contra la Sentencia No. 167 del 28 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **MONICA ALEJANDRA RODRIGUEZ RUBIO**, identificada con T.P. No. 353.935 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLFONDOS S.A.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 6 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, disponiéndose su vinculación a **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad. **2).** Que, consecuencialmente, se condene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros. **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que acepte su ingreso al RPMPD y reciba los aportes provenientes del RAIS.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 8 de febrero de 1975, afiliándose en pensiones a **COLFONDOS S.A.** el 14 de agosto de 1997; señala, que suscribió el formulario de afiliación a esta entidad en atención a la oferta presentada por uno de sus asesores, la que aceptó con la convicción de que accedería al derecho pensional en los términos ofertados, esto es, de manera anticipada. Así mismo, expresó que se le desanimó de su intención de vincularse al ISS, bajo el argumento de que esta entidad era inviable financieramente, al paso que en el RAIS tendría una mejor pensión, presentándosele este régimen como el más conveniente, de

acuerdo con los múltiples beneficios que aparejaba su afiliación.

Expresó, que en la asesoría brindada no se hizo énfasis en temas técnicos y determinantes en la construcción de la pensión en el RAIS, como el hecho de que la mesada depende del capital ahorrado y de sus rendimientos; las fluctuaciones del mercado de valores; la incidencia según la expectativa de vida, el número de beneficiarios y la negociación del bono pensional. De igual forma, negó haber recibido información relativa a la forma de liquidar la pensión en este régimen.

En ese sentido expuso, haber acudido ante un consultor privado para obtener una proyección de lo que sería su mesada pensional, operación que arrojó como pensión en el RAIS la suma de \$1.545.555, mientras que en el RPMPD podría llegar a la suma de \$11.900.000, diferencia significativa, que, de permanecer en el régimen privado, le acarrearía un grave perjuicio a sus expectativas pensionales. Que, en consecuencia, solicitó el traslado a **COLPENSIONES**, petición que fue resuelta de manera desfavorable (f. 4 a 18 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La accionada **COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que la vinculación de la demandante a esta entidad se dio en el marco de la voluntad libre y espontánea de aquella. Por tales razones, propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN y PAGO (...)*” (f. 2 a 20 Archivo 12 ED).

Por su parte, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA; FALTA DE CAUSA PARA PEDIR POR NO HABER ESTADO AFILIADO NUNCA AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA; BUENA FE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 2 a 13 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia N° 167 del 28 de agosto de 2023, decidió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que la afiliación de la señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ**, identificada con la cedula de extranjería Número 52.255.338, a la **AFP COLFONDOS S.A.**, es válida y eficaz, según lo explicado en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a **COLPENSIONES**, representada legalmente por Jaime Dussán Calderón, o por quien haga sus veces, y a **COLFONDOS S.A.**, representada legalmente por Jaime Restrepo Pinzón o quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas por la señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ**.

TERCERO: Las excepciones propuestas, han quedado resueltas implícitamente con lo determinado.

CUARTO: En caso de no ser apelada esta providencia, se ordena el envío del proceso al **H. TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN LABORAL**, en grado

jurisdiccional de consulta, debido a que la sentencia ha sido adversa en su totalidad a las pretensiones de la demanda (...)”.

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, el tema de la ineficacia del traslado ha sido un ampliamente abordado, analizado y aplicado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en la Sentencia SL1834-2022, en la cual reiteró que, con independencia de la fecha del traslado, las AFP deben brindar una verdadera orientación sobre las implicaciones del cambio de régimen, explicación que conlleve un análisis detallado de su situación, desde la órbita del buen consejo, hasta llegar al punto incluso, de tener que desanimar al potencial afiliado, de no ser ese régimen la mejor opción para aquel, teniendo entonces la AFP la carga de demostrar el cumplimiento de tal obligación (SL1688-2019).

No obstante, acotó que el presente asunto era particular, trayendo a colación lo considerado en sentencia SL1806-2022, en la que se negaron las pretensiones en un proceso en el cual la demandante no había estado afiliada al RPMPD con anterioridad a su vinculación al RAIS; situación que en efecto, era la presentada con la demandante, como quiera que su vinculación inicial al Sistema General de Pensiones ocurrió a través de **COLFONDOS S.A.**, no siendo viable la ineficacia petitionada por aquella, al considerar que no hay acto por invalidar.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la **DEMANDANTE** recurrió la decisión, argumentando que la Juez introdujo diferencias entre la situación de quien se trasladó el RPMPD al RAIS, y de aquellos que se vincularon inicialmente a este último, pasando por alto que el fundamento informativo para la ineficacia como sanción (Art. 271 Ley 100 de 1993), no hace dicha distinción, como quiera que para la eficacia del acto de afiliación es obligatorio acatar el deber de información, so pena de quedar sin efecto el acto; aunado a que los derechos fundamentales en juego para cada caso no varían. Resaltó, que precisamente la Sala Laboral del Tribunal de Medellín ha resuelto asuntos como el analizado, sin acoger la postura del Juzgado.

En ese sentido, expuso que al no haberse demostrado el cumplimiento del deber de información se debe proceder con la declaratoria de la ineficacia implorada, sustentada en la abundante jurisprudencia sobre el asunto, punto en el que hizo énfasis en que la sentencia citada por la Juzgadora en su decisión no alcanza ni siquiera a ser doctrina probable.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** reiteró los argumentos planteados en la alzada, en punto a la procedencia de la ineficacia pretendida, posición que sustentó en múltiples decisiones de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en las que se abordó el estudio de un conflicto similar (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** solicitó la confirmación de la sentencia, reiterando la postura sostenida en la contestación a la demanda en dirección a declarar la improcedencia de la ineficacia solicitada por el extremo demandante (Archivo 03 Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora, al momento de su afiliación 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, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ** se afilió en a **COLFONDOS S.A.** desde 14 de agosto de 1997 (f. 22 Archivo 12 ED).
- (ii) Que, con anterioridad a dicha data, la señora **LONDOÑO GONZÁLEZ** no acredita vinculación a entidad de seguridad social en pensiones (f. 22 Archivo 12 ED).
- (iii) Que el 12 de diciembre de 2022 la actora radicó solicitud de traslado a **COLPENSIONES**, trámite negado por esta autoridad a través de comunicado del día siguiente (f. 56 a 59 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

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 encargadas, entre otras cosas, de 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 (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

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 SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la 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 (CSJ SL 1688-2019).

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, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado o afiliación al régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. En ese orden, el ofrecimiento de un régimen no implicaba simplemente el hecho 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. (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, 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 (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido la Máxima Corporación en materia laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras 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 (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de selección de régimen es abordado desde el instituto de la ineficacia y no desde la nulidad, centrándose el análisis de la libertad afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la Corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP, que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual se instituye al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyendo la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación; de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

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 el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), 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, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

No obstante lo anterior, para la Juez de primer grado no procedía la ineficacia solicitada, sustentada en pronunciamientos de la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral – CSJ, por ejemplo, la Sentencia SL1806-2022, a partir de la cual concluyó que la ineficacia de la primera vinculación al sistema general de pensiones en el RAIS era inviable, puesto que la demandante no presentaba una afiliación previa al RPMPD, y en tal caso, no había “acto que invalidar”.

A lo decidido se opuso la parte actora, quien dentro de su alzada insistió en el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP demandadas, al tenor de la línea Jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ; y en razón a que, las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de información, al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no establece diferencias entre quienes hubieren estado afiliados al RPMPD anteriormente y los que no lo estuvieron.

Puestas las cosas de ese modo, de entrada, anota la Sala, que no se comparte la conclusión que llevó al *A-quo* a una sentencia absolutoria en sede de primer grado, por las razones que de tiempo atrás esta Sala de Decisión ha sostenido, a efectos de encontrar procedente la ineficacia de la primera afiliación, las cuales se pasa a exponer.

Lo primero a resaltar es que la jurisprudencia decantada del Alto Tribunal de Casación Laboral se ha dedicado al análisis de esta situación desde hace un buen tiempo, llegando a la conclusión que en definitiva, no se pueden hacer recaer en el afiliado los efectos adversos de una mala gestión por parte de las administradoras de fondos de pensiones, a quienes les asistía la obligación de ofrecer a los usuarios una información clara, precisa, completa, en orden a que aquellos pudiesen decidir, entre los dos posibles regímenes pensionales vigentes, cuál era el que más les convenía, según sus particulares condiciones; situación que no se dio así, o por lo menos de ello no se da cuenta en el infolio, siendo la consecuencia de tal situación, por expreso dispositivo legal, la ineficacia de tal acto de escogencia, por la gravedad que aparece para el

afiliado, el haber adoptado una decisión de la mayor trascendencia para él, con desconocimiento de las consecuencias que le acarrearía.

Y es el mismo legislador, quien advirtiendo la falencia tan grave que representa esta situación, el que le atribuye la consecuencia de la ineficacia, para dejar en libertad al usuario, de poder corregir una decisión que afecta sus derechos prestacionales de raigambre constitucional, sin que quepa admitir la convalidación posterior, por actos que se dicen de refrendación o ratificación en el régimen, pues no cabe ello frente a un acto que se afectó en su validez inicial, al punto de tenerse como inexistente.

Tampoco cabe soslayar la pretensión de declaratoria de ineficacia, basado en el hecho de que esta se funda en un mayor valor pensional, pues es un hecho cierto que desde un principio ese podía ser el escenario en el RPMPD, para el que se establecen unos parámetros precisos definidos en la ley, en cuanto a edad y semanas, e ingreso base de liquidación, que se calcula a partir del 100% del IBC, al que se le aplica la respectiva tasa de reemplazo, según el número de semanas; lo que difiere sustancialmente de lo establecido para el RAIS, donde sí o sí, la prestación va a depender del capital que exista en la cuenta de ahorro individual, por lo que para alcanzar la prestación que le hubiere correspondido en el RPMPD, requería unas condiciones particulares de rentabilidad, tipo de prestación seleccionada, conformación de grupo familiar etc., aunado al hecho que para las mujeres, en caso de contar con bono pensional, este tendría una fecha de redención posterior a la edad pensional, situación que afectaría la disponibilidad de estos recursos en esta última fecha.

Es de ahí que al omitir tales precisiones, al no haber explicado en detalle a la aspirante a afiliación las implicaciones de su selección, se coartó la posibilidad de aquella, de elegir de manera libre y voluntaria el régimen pensional, y quizás nunca hubiere optado por este régimen, o por lo menos ha debido dejársele expuestas las implicaciones para que fuese el afiliado quien tomase la decisión, y no solo exponerle las ventajas relativas al RAIS, escenario en el que precisa la ley, se tiene como carente de voluntad la decisión y aparea la consabida ineficacia.

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a la AFP **COLFONDOS S.A.** (f. 22 Archivo 12 ED), nada se indica en relación con las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, los presupuestos requeridos en cuanto a capital y rendimientos para obtener la ofrecida pensión anticipada, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en el tema pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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 **COLFONDOS 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 al demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º 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 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 (Min. 11:50 a 19:20 Archivo 20 ED), no logra

extraerse confesión alguna que la perjudique.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la accionante al RAIS, 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 demandante se afilió a la AFP, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de la selección de régimen pensional, 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 (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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 al usuario la ilustración necesaria para que este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Corolario, la Sala considera que, al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación al RAIS se tornó en ineficaz, razones que resultaban suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

Ahora, como lo precisó la Juzgadora de primer grado, no desconoce la Sala el hecho que antes de su afiliación al RAIS, la demandante no estuvo afiliada al entonces **ISS**, o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD creado por la Ley 100 con anterioridad a esta, pero, como lo arguyó la apelante, no por este hecho es 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 tenía la oportunidad de afiliarse a uno u otro, según se le explicitara cual podría ser el más favorable para ella; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informado 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 afiliada a un ente de seguridad social integrado al RPMPD, como si no fueran aquellos, igualmente 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 contexto, se observa que la Juez de instancia cimentó su decisión en lo considerado por la Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, plasmada puntualmente en Sentencia SL1806-2022, postura reiterada en Sentencias como la SL3414-2022 emitida igualmente por una de las Salas de Descongestión de la Corte.

No obstante, ha sido postura de esta Corporación apartarse de lo considerado en decisiones como las citadas, para en su lugar, previa verificación de la situación particular frente al cumplimiento del deber de información, adoptar la determinación que corresponda acorde

con la jurisprudencia decantada de vieja data por el Máximo Tribunal respecto de esta obligación de transparencia a cargo de los fondos; para la que se insiste, no se marca una diferencia legal en tratándose de una persona que acredite la vinculación por primera vez al sistema general de pensiones, o una que ya venga cotizando al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto, en uno y otro caso, la carga informativa es la misma, habida consideración que donde el legislador no distingue no le es dable al intérprete establecer diferenciaciones, que no guarden razonabilidad en el trato diverso.

Además, no se puede perder de vista que, la posición jurisprudencial en cita deviene de la Sala Descongestión Laboral y no es el precedente pacífico y regente en la actualidad en la Sala Permanente del Alto Tribunal, la cual, conforme a lo dispuesto por la Ley 1781 de 2016, que creó la medida de descongestión en el Órgano de Cierre, es la única llamada a unificar jurisprudencia en la especialidad, cambiar el precedente o crear una línea de pensamiento, como sucede con la temática analizada en el presente asunto, estando en la obligación la Sala de Descongestión de remitir el expediente sometido a su conocimiento para tales efectos a la Sala Permanente. De esa manera ha sido reiterado en múltiples ocasiones en decisiones como SL4933-2021 en la que dijo: “(...) Finalmente, no es preciso tener en cuenta el criterio vertido en la sentencia CSJ SL673-2019, proferida por una de las Salas de Descongestión Laboral de esta Corporación, y aludida por la censura, toda vez que la fijación y/o modificación de criterios jurisprudenciales, únicamente compete a esta Sala de Casación Laboral; y, el criterio pacífico e imperante frente al tema dilucidado, es el aquí expuesto. (...)”. Por consiguiente, habrá de revocarse la decisión de primer grado, a efectos de acceder a la ineficacia solicitada.

Esgrimido lo anterior, al declararse la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS, es lo procedente, que la señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que se desea vincular, 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 solicitarle la afiliación a esta entidad, la que le fuera negada por encontrarse a menos de diez (10) de la edad mínima pensional (f. 58 a 59 Archivo 01 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 que desea 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).

Lo anterior, en secuencia de lo concluido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, reiterado por ejemplo en la Sentencia SL2613-2022 en la que se dijo:

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

(...)

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

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el

propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021) (...)"
(Negrilla y Subraya de la Sala).

Luego, en Sentencia SL1019-2022 describió los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

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

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

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

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 **COLFONDOS 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 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 efectuarse 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 a 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 la AFP **COLFONDOS 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.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia de la afiliación tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en la vinculación inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios efectuados a los diversos fondos privados, ello por cuanto el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al *statu quo*, lo que representa que la situación se retrotrae al estado en que se hallaría de no haberse presentado la elección desinformada de

régimen pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

Resulta relevante mencionar que entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **COLFONDOS S.A.**, pues, 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 la selección 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.

Resaltándose que tal circunstancia 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 a 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 la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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 el actor.

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, le asiste razón al apelante en cuanto a la procedencia de la ineficacia propuesta, así como las consecuencias económicas que para estos asuntos ha trazado la Jurisprudencia. Por consiguiente, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, para en su lugar:

- Declarar la ineficacia de la afiliación de la señora **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ** al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** En consecuencia, se dispone que **COLPENSIONES** la tenga como afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

- Condenar a **COLFONDOS S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales; y que asuma con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados los siguientes conceptos: lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad.

Al momento de cumplir 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, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 Decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022).

- En concordancia con lo anterior, se ordenará a **COLPENSIONES** que reciba de **COLFONDOS S.A.** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra, y el que tiempo cotizado a la AFP se refleje en la historia laboral de la demandante.

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, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

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 (CSJ SL 2877-2020)

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda en los términos planteados en líneas anteriores. Costas de ambas instancias a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMLV.

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,

R E S U E L V E

REVOCAR la Sentencia Ordinaria No. 167 del 28 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, para en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor **NOHORA PATRICIA LONDOÑO GONZÁLEZ** al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.** En consecuencia, se dispone que **COLPENSIONES** la tenga como afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante todo el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales; incluyendo el valor de las cuotas de administración, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, estos tres últimos con cargo a sus propios recursos e indexados.


Al momento de cumplir 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, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 Decreto 1833 de 2016.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que reciba de **COLFONDOS S.A.** los recursos mencionados y los integre al fondo común que administra, y el que tiempo cotizado a la AFP se refleje en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: Las **COSTAS** de ambas instancias están a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias de esta sede la suma equivalente a UN (1) SMMLV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA