

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLAUDIA ELENA HENAO ROA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00069-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.005

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

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°001 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última entidad, respecto de la Sentencia No. 142 del 02 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín.

Se reconoce personería a la abogada **ÁNGELA MARÍA SIERRA ALVANES**, identificada con T.P. No. 232.841 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**., en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 3 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA ELENA HENAO ROA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS administrado por **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, y se ordene su reactivación en el RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. **2).** Que consecuentemente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, el aporte al fondo de solidaridad pensional, comisiones y seguro previsional. **3)** Así mismo, deprecó se ordene a **COLPENSIONES** recibir los recursos que traslade la AFP. **4)** Por último, peticionó condenar a las demandadas al pago de las costas procesales.

Fundamentó sus pedimentos en que nació el 27 de noviembre de 1965, afiliándose en materia de pensiones al extinto ISS, entidad en la que permaneció hasta el año 1994, calenda para la cual, estando prestando sus servicios con el empleador *Promotora y Constructora Esmeralda* suscribió formulario de afiliación al fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**

Arguye que la referida AFP no le brindó mayor información, no le indicó el derecho al retractor que le asistía, ni le expuso un comparativo entre ambos regímenes, a fin de ilustrarle cual sería más beneficioso, agregando que tampoco le explicó cómo se financiaría su pensión, y el monto que probablemente le correspondería en dicha entidad, no hubo reasesoría; en suma, refiere que, no se le hizo un estudio previo y concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión.

Luego sostuvo que, para el año de 1996 y encontrándose laborando para la empresa PROINSA se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A.; finalmente aduce que, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, buscando su retorno al Régimen de Prima Media, petición que fue despachada desfavorablemente por esta entidad (f.1 a 9 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLFONDOS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *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, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO* (...)” (f. 1 a 16 Archivo 05 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido al principio de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluido el demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN Y EL SEGURO PREVISIONAL POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, VALIDEZ Y EFICACIA DEL TRASLADO ENTRE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL RAIS* (...)” (f. 1 a 20 Archivo 06 ED).

Finalmente, **COLPENSIONES** manifestó su desacuerdo con lo planteado en la demanda, pues aseguró que el traslado del demandante acaeció de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, por lo cual formuló como excepciones las siguientes: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 27 Archivo 07 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de

Medellín, mediante Sentencia No.142 del 02 de mayo de 2022, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, administrado por **COLFONDOS S.A** y **PROTECCIÓN S.A.**

Condenó consecuentemente a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** “(...) *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA ELENA HENAO ROA incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos (...)*”, concediendo para ello, un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Posteriormente ordenó a **COLPENSIONES** “(...) *reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida a la señora CLAUDIA ELENA HENAO ROA y recibir todos los dineros que sean trasladados por PROTECCION S.A., y COLFONDOS S.A. Se autoriza a COLPENSIONES a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo (...)*”. Y finalmente, gravó en costas a las AFP demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación, mostrando su inconformidad con respecto a la devolución de las cuotas de administración, la prima de seguro previsional y “el cálculo de equivalencia que autoriza el Juez de Instancia”, aduciendo que se genera con ello un perjuicio para su representada, indicando que con el caudal probatorio arrojado, se observa que esta AFP si ha acompañado a la demandante durante el tiempo que ha permanecido afiliada a esa entidad, suministrándole los extractos, realizando la reasesoría pertinente con las proyecciones pensionales.

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, la parte **DEMANDANTE** reiteró lo planteado en la demanda, citando como refuerzo de sus argumentos lo decidido en Sentencias SL1236-2014, SL9519-2015, SL19447-2017, SL3496-2018, SL1421-2019 y SL1688-2019, entre otras, solicitando la confirmación de la sentencia apelada (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, **COLPENSIONES** solicitó que no se acoja la sentencia de instancia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.**, decisión que predica improcedente por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad de pensión, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en peligro con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo reconoció la Sentencia T-489 de 2010, debido a que no existe una equivalencia entre los dineros recibidos y los que se requieren para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte

actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras llamadas a juicio.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **CLAUDIA ELENA HENAO ROA** estuvo afiliada en pensiones al ISS, realizando aportes a esta entre 1986 y 1994 (Archivo 09 ED).
- (ii) Que el 24 de mayo de 1994, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, y con posterioridad, el 26 de enero de 1996 se vinculó a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 19 y 75 Archivo 05 y 06 ED).
- (iii) Que el 27 de septiembre de 2019 la señora **HENAO ROA** solicitó a COLPENSIONES aceptara el traslado de su régimen pensional, petición despachada negativamente en oficio de la misma calenda (f. 16 a 21 Archivo 02 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 de 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 anterior 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 acarreaban al afiliado, no se podía afirmar que hubiere tenido tales características.

Así entonces, la mera suscripción del formulario apenas denota la voluntad del traslado, pero no resulta 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 a la AFP, por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a la AFP **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** (f. 19 y 75 Archivos 05 y 06 ED), nada logra extractarse con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarreaba el traslado del RMPD 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 mercado financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado; real, veraz, que representase 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 en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado, 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, en el cual no se observan afirmaciones de la actora que pueden considerarse como confesión en los términos del artículo 191 CGP.

De ese modo se extrae 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 la accionante, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para 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 del afiliado.

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 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 (f. 69-70 Archivo 06 ED), pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Bajo esa idea, no pierde de vista la Sala que, en efecto, la citada reasesoría fue agotada (f. 69-70 Archivo 06 ED), supuesto aceptado por la misma señora **HENAO ROA**, momento para el cual se le insinuó, a raíz de ciertos cálculos, que la mesada sería superior en el fondo público, pero lo cierto es que no puede tomarse dicha manifestación de manera aislada, pues al contrastarla con el formulario de esta diligencia, no hay rastro que dé cuenta acerca de cuál fue la información brindada a la demandante, que permitiera tenerlo por ilustrado de manera suficiente, así como las consecuencias de no trasladarse en tiempo, cuestiones todas que dejan sin piso la suficiencia de la

información en este escenario, además porque, se insiste, este hecho no tiene la entidad para subsanar las falencias evidenciadas desde el traslado de régimen, debiendo recordarse que el cumplimiento del deber de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Así lo recabó la Sala de Casación Laboral de la CSJ en Sentencia SL2908-2022 al considerar que:

“(…) Ahora, en torno a la existencia de asistencias, como aquellas de las que da cuenta el formato denominado «histórico de asesorías realizada al afiliado» (f.º 115, ibidem) o «la proyección de la pensión en el régimen de ahorro individual [confrontada con] la del régimen de prima media», del 30 de octubre de 2009 (f.º 150, ib), huelga recordar, que la Corte en las sentencias CSJ SL5595-2021; CSJ SL5252-2021; CSJ SL1017-2022 y CSJ SL843-2022, connotó que «[...] el deber de información también resulta exigible y predicable [en esos] escenarios en las cuales al afiliado se le debe ilustrar sobre las consecuencias positivas y negativas que su determinación puede acarrearle frente a su futura pensión».

Lo dicho, con la precisión de que el cabal cumplimiento de esa obligación, «[...] se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad», pues, al tenor de lo apuntado en la sentencia CSJ SL1688-2019, «[...] un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad», porque de lo contrario, al perder su conveniencia, «ello equivale a la ausencia de información». (...)”. (Subraya de la Sala).

De otro lado en la misma decisión, el Alto Tribunal reiteró que incluso, la desidia de la parte a informarse sobre los regímenes pensionales, o sus condiciones personales y profesionales no convalidan el acto de traslado desinformado, argumentando que: *“(…) Allende a que, como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021, el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos (...)”.* (Subraya y Negrilla de la Sala).

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 se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, que fueron vanas en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, 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 **COLFONDOS S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado inicial de la demandante, 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 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, no hay razón para que **PROTECCIÓN S.A.**, ente al que se encuentra afiliada la actora, 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 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 **PROTECCIÓN S.A.** y **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, SL3465-2022, SL3853-2022.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, pues pese a lo señalado por sus apoderados, 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 del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, 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).

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 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.

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, y como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y 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, habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que también traslade lo descontado por prima de seguro previsional y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que junto a los gastos de administración, deben ser reintegrados de manera indexada, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Luego, se advierte procedente acceder a la revocatoria parcial del numeral tercero de la Sentencia apelada, respecto a la autorización otorgada a COLPENSIONES para realizar un “*cálculo de equivalencia*”, en tanto que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital que debe recibir COLPENSIONES con destino al Fondo Común que se constituye para financiar las pensiones del régimen de prima media; teniendo en cuenta que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, con la orden impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, de trasladar igualmente, comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, y que se deben integrar al Fondo común que administra COLPENSIONES para garantía de las pensiones del régimen de prima media, se está garantizando que el fondo pensional público reciba todos los valores que debió percibir en el evento en que la accionante hubiere permanecido afiliada a esa entidad. Además, que tampoco quedó establecido el detrimento o desmedro de los aportes que se acumularon en el RAIS.

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

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

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

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que 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).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará y revocará parcialmente la Sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** incluyendo como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) 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 **TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia No. 142 del 02 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por primas de seguros previsionales y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, sumas de dinero que al igual que los gastos de administración deben ser devueltos de manera indexada.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO**, en lo que respecta a la autorización a **COLPENSIONES** de realizar el cálculo de equivalencia, conforme a lo considerado en precedencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** en cuanto dispuso el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, conforme lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA