

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	FERNANDO TORRES TOCANCIPÁ
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-010-2019-00568-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 097

Medellín, veintiocho (28) de abril 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°013 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, respecto de la Sentencia del 28 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

El señor **FERNANDO TORRES TOCANCIPÁ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, y, por consiguiente, se tenga como válidamente afiliado y sin solución de continuidad a **COLPENSIONES**. **2)** Que, consecuencialmente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** el total de los aportes, rendimientos, sin ningún descuento por cuotas de administración. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que reactive su afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 5 de noviembre de 1955, y que laboró en las siguientes entidades, las cuales lo afiliaron en pensiones en los términos que pasan a precisarse:

- Para la alcaldía de Facatativá desde el 1 de enero de 1983, entidad que lo afilió a la Caja de Seguridad Municipal.
- Desde el 1 de diciembre de 1993 para el Ministerio de Minas – Unidad de Planeación Energética, por lo que fue afiliado a CAJANAL. Posteriormente, a partir del 1 de julio de 1995 lo vinculó al ISS, entidad en la que permaneció hasta el año 1997.

Expuso que el 4 de noviembre de 1997 suscribió formulario de afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, acto para el cual indicó, no recibió de parte del asesor la información detenida, detallada, completa y veraz sobre las consecuencias futuras de su traslado; las ventajas, desventajas, pros y contras sobre su futuro pensional; las diferencias entre regímenes; los requisitos para pensionarse en uno y otro; al igual que tampoco le fue realizada proyección de lo que podría ser su mesada, toda vez que solo se le hizo creer que resultaría más beneficioso trasladarse.

En ese sentido señaló que, solo hasta el momento actual pudo observar el perjuicio ocasionado con la falta de asesoría diáfana y detallada, ya que, de haber permanecido en el RPMPD, la pensión que percibiría a cargo de **COLPENSIONES** sería superior a la ofertada por la AFP. Así mismo afirmó que, esta última ni siquiera lo asesoró antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión.

Que en comunicación del 31 de julio de 2019, **PROTECCIÓN S.A.** le informó que tendría derecho a la pensión de vejez en cuantía de \$1.805.651, programado a partir del 1 de julio de 2019, en la modalidad de retiro programado, prestación que no aceptó. En este punto, informó que, de haber continuado en el RPMPD, la pensión llegaría a la suma de \$4.423.224.

Que en virtud de lo anterior, el 5 de septiembre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado al RPMPD, petición negada en oficio de la misma fecha (f. 1 a 18 Archivo 16 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 118 a 128 Archivo 01 ED).

Por último, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluido el demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA PRIMA DEL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE (...)*” (f. 147 a 209 Archivo 01 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 28 de junio de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

En consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**: “(...) *dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales si los hubiere, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPM. Al momento de cumplirse esta orden, 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 (...)*”.

Así mismo, dispuso que **COLPENSIONES** reactivara la afiliación del actor, y que,

una vez recibidos los recursos provenientes del RAIS, fueren tenidos como semanas válidamente cotizadas. Gravó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

Para arribar a esta decisión, el Juez de primer grado consideró que, en acatamiento del precedente Jurisprudencial sobre la temática, iniciada desde 2008 y consolidada en providencias recientes como la SL890, SL895, SL904 y SL906, todas de 2022, en las cuales ha precisado la Sala de Casación Laboral CSJ la hermenéutica correcta a la Ley 1328 de 2009 en concordancia con lo presupuestado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, y la Ley 795 de 2003, los traslados del RPMPD al RAIS deben realizarse de manera libre e informada, lo que implica brindar al afiliado asesoría no solo sobre las ventajas, sino también todas las características de uno y otro régimen, explicación sobre las dificultades y riesgos financieros que enfrentaría el afiliado, analizando la situación particular de aquel; deber que adujo, ha existido desde la creación de las AFP, siendo necesario verificar su cumplimiento al momento de la vinculación y no posteriormente, por las consecuencias negativas que puede implicar en el futuro pensional del afiliado, aclarando que no se exige en estos asuntos la existencia de un situación o derecho consolidado.

Así mismo expresó que, la carga de probar estas circunstancias corre por cuenta de la AFP, aunado a que las demandas en estos procesos contienen negaciones indefinidas que, al tenor de la norma procesal, trasladan la carga demostrativa. En ese sentido, anotó que la obligación en comento no logra acreditarse con el formulario de afiliación, como quiera que estos no contienen la voluntad informada.

Acto seguido expuso que, de no encontrarse demostrado el cumplimiento del deber de información, se genera la ineficacia del traslado, conclusión que da lugar a la devolución de todo lo recibido por la AFP con ocasión de la afiliación de la persona, incluidos los bonos pensionales si ya se hubieren redimido, y los gastos de administración y valores relativos a las primas de seguros previsionales, estos últimos debidamente indexados.

En armonía con lo anterior alegó que, el hecho de que el afiliado permanezca en la AFP no puede ser considerado como acto de relacionamiento para comprender que su decisión de afiliación fue libre y voluntaria (SL10555-2022), y por último resaltó la improcedencia de declarar la ineficacia del traslado de quienes son pensionados en el RAIS, precisando a este respecto que al tenor de lo plasmado en Sentencias SL3535-2021, SL3707-2021, SL1108-2022, SL1113-2022 y SL1498-2022, quedó decantado que el estatus de pensionado se consolida con el disfrute de la prestación.

Con base en todo lo expuesto, explicó que en el particular no se aportaron elementos de convicción que permitieran verificar el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP, debiendo declararse la ineficacia del traslado con las consecuencias económicas anotadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** apeló la decisión arguyendo que la afiliación del demandante al RAIS goza de plena validez, toda vez que en ese momento aceptó las condiciones que le ofertaban, aparte que la inconformidad presentada concierne al monto de la futura pensión.

Igualmente señaló que, pese a darse la inversión de la carga de la prueba, ello no implica que la parte demandante asuma una actitud pasiva en el ejercicio probatorio (C-086 de 2016). Acto seguido, expuso que el demandante tiene la calidad de pensionado, condición que, al tenor de lo señalado por la Jurisprudencia (SL373-2021), no puede ser retrotraída.

Más adelante señaló que la sentencia favorable vulnera el principio de sostenibilidad del sistema de pensiones (Art. 48 CN y AL 01 de 2005), pues se pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, en razón a la posible descapitalización del RPMPD,

al tener que recibir personas que no han cotizado en este, quienes entran a beneficiarse del ahorro comunitario, aspecto considerado en Sentencias como las C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013.

Por último recabó que, en el caso de mantenerse la decisión, se ordene a la AFP devolver todo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, sin ninguna clase de descuento.

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

Mediante Auto No. 007 del 23 de enero de 2023, se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión; no obstante, omitieron pronunciarse al respecto (Archivo 02 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, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **FERNANDO TORRES TOCANCIPÁ** prestó sus servicios el Municipio de Facatativá entre 1983 y 1984, tiempo en el que realizó aportes a pensión a la Caja de Seguridad Municipal.
- (ii) Posteriormente se vinculó al DANE, entidad que lo afilió en pensiones a CAJANAL (f. 42 a 47 Archivo 01 ED).
- (iii) Luego el demandante laboró para el Ministerio de Minas y Energía, siendo afiliado al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1995 y 1997 (f. 129 a 133 Archivo 01 ED).
- (iv) Que el 30 de octubre de 1997 el actor se trasladó a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 225, 241 a 280 Archivo 01 ED).
- (v) Que el 5 de septiembre de 2019 el señor **TORRES TOCANCIPÁ** solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado al RAIS, petición despachada desfavorablemente en oficio de la misma calenda (f. 88 a 90 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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).

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, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental (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, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, 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 el Máximo Tribunal de Casación 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 acarrearba 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 traslado 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 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, excluyen 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.

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 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 al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 225 Archivo 01 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúnese 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 cualquiera de los medios admisibles.

Sin embargo, salta de bulto 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, y si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante (Min. 21:51 a 43:25 Video 06 - Archivo 10 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara 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 el demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, 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. 229 a 231 Archivo 01 ED) , 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 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.

De otro lado, ante lo argüido por el mandatario de **COLPENSIONES** en el sentido de

indicar que el demandante ostenta la calidad de pensionado del RAIS, y por tanto tiene una situación consolidada al tenor de la Sentencia SL373-2021, la Sala precisa que, a folios 65 a 66 Archivo 01 ED, reposa comunicado adiado el 31 de julio de 2019 remitido por **PROTECCIÓN S.A.** al demandante, informándole sobre el reconocimiento de la prestación pensional por vejez en la modalidad de retiro programado, en la suma de \$1.805.651 a partir del 1 de julio de 2019, sugiriéndole el agotamiento de los trámites subsiguientes para el ingreso en nómina, circunstancia que en el asunto en cuestión no termina por acreditar la condición de pensionado del actor, como se explica a continuación.

Justamente de esa forma lo ha considerado la Jurisprudencia, que, al estudiar asuntos similares, ha indicado que en el RAIS, de cara a adquirir el derecho pensional, además de cumplir las exigencias del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, **se requiere ineludiblemente que el afiliado seleccione la respectiva modalidad pensional que va a regir su derecho (renta vitalicia, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia), escogencia de la cual deberá aportar prueba la respectiva entidad, toda vez que a partir de esta selección es que se definen varios aspectos, entre estos, el monto de la mesada**. Así se indicó en Sentencia SL4635-2021, que trajo a colación lo dicho en Sentencia SL1309-2021, en la cual se dijo:

“(…) En el asunto bajo examen se tiene, que el señor Gaviria solicitó a Protección el reconocimiento de la pensión como se infiere del hecho séptimo del escrito inaugural (f. 3), a lo cual se le dio respuesta por parte de esa administradora de pensiones de manera favorable, mediante escrito del 16 de marzo de 2012 (fs. 28 a 31 y 83 a 85); sin embargo, se advierte que el actor no estuvo de acuerdo con el valor de la mesada, es decir, no aceptó la liquidación efectuada por la AFP y mucho menos se acredita que haya expresamente escogido o seleccionado una modalidad pensional, pues aun cuando ello se afirma por parte de la mencionada entidad de seguridad social en su respuesta (f. 28 y 83), dicho documento no aparece suscrito por el demandante en señal de aceptación, ni tampoco se allegó prueba alguna que así lo acreditara.

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.

En este orden, aun cuando la AFP Protección S.A. mediante comunicado del 16 de marzo de 2012, aludió al otorgamiento de la pensión de vejez, a partir del 1 de febrero de 2012, en un monto inicial de \$1.873.682, al no estar demostrado plenamente en el informativo que el señor Gaviria Echavarría hubiese escogido previamente una modalidad pensional de las previstas en el artículo 79 de la Ley 100/93, no puede considerarse que ostente la calidad de pensionado, pues claramente se advierte de dicha misiva, que para aquella data se estaban adelantando los trámites para conceder dicha prestación y que este alcanzara ese status.

Con todo, aun si se aceptara en gracia de discusión que el asegurado seleccionó el modelo de retiro programado, lo que se insiste, no está plenamente demostrado en el informativo, debe precisarse que esa escogencia tampoco conduce a sostener ni entender que se materializó por cuanto el afiliado no suscribió el contrato de retiro programado, trámite que necesariamente debía efectuarse de manera previa para poder considerar la aceptación del demandante de tal modalidad pensional, en tanto que es en ese documento contractual donde se dan a conocer y se acuerdan las cláusulas que regirán aquella modalidad de pensión, como lo son los beneficios ofrecidos, los riesgos asumidos por el asegurado, las obligaciones de las partes, etc.(…)”.

Una situación similar a la analizada en el precedente en cita es la controvertida en el actual proceso, pues por encima del comunicado descrito, emitido por **PROTECCIÓN S.A.**, echa de menos el legajo prueba sobre la elección de modalidad pensional por parte del

demandante, máxime que en el mismo documento la entidad insta al afiliado a continuar con los trámites requeridos para entrar a gozar de su prestación.

Aunado a ello nótese que, de la relación de aportes visible a folios 241 a 280 Archivo 01 ED, muestra que el demandante continuó cotizando con posterioridad a la fecha de la misiva que le fuere remitida por la AFP, lo que da pábulo a colegir que no aceptó las condiciones pensionales establecidas en este, y, por consiguiente, a la fecha no tiene la calidad de pensionado.

Con todo estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen por el demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor 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.

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 el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado 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 el cambio de sistema pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

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 razones para que **PROTECCIÓN S.A.**, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento esbozado por el apoderado de dicha entidad. (CSJ SL2877-2022)

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.** 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 **PROTECCIÓN S.A.** pues, 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.

Denotando que tal circunstancia 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).

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

Sobre las **restituciones mutuas**, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas, siendo del caso confirmar la decisión.

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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se impone la confirmación de la Sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** en atención a que el proceso también fue conocido en el grado de consulta en favor esta entidad.

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: CONFIRMAR la Sentencia del 28 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA