

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANDRÉS FELIPE CADAVID RESTREPO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-012-2021-00489-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ACLARA

SENTENCIA No. 080

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°011 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia Ordinaria No. 184 del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce 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 04 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **ANDRÉS FELIPE CADAVID RESTREPO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado efectuado desde el RPMPD al RAIS. **2)** Que, consecuencialmente, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** devolver a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con los respectivos rendimientos, incluidos los valores descontados por gastos de administración, primas de reaseguro y de seguro previsional, así como lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. **3)** Así mismo, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes del RAIS, reactive su afiliación al RPMPD, y actualice su historia laboral.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 27 de diciembre de 1961, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta el año 2000, cuando decidió trasladarse a **PROTECCIÓN S.A.**, cambiando así de régimen pensional, vinculación de la que adujo, se dio previa visita de los asesores de esa entidad, quienes, en una corta charla, le informaron que debía trasladarse porque el ISS estaba quebrado y podría perder su pensión.

Sin embargo aseguró que, no le fueron indicadas las diferencias existentes entre regímenes pensionales, así como las implicaciones que conllevaba el traslado, entre estas, que la pensión depende del capital ahorrado, las modalidades pensionales existentes en el RAIS, la redención del bono pensional y la distribución de las cotizaciones, es decir, todo lo que le hubiere permitido tomar una decisión consciente, libre e informada, considerándose una víctima del reclutamiento desenfrenado de los fondos privados, ya que solo fue hasta 2018 cuando en una llamada le indicaron las condiciones pensionales, momento en el que dilucidó el error en el que había sido inducido.

Que en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado al RAIS, petición negada por esta demandada (f. 1 a 24 Archivo 03 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 INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR LOS INTERESES DE MORA; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 2 a 16 Archivo 09 ED).

A su turno, **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; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD y/o INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL 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. 3 a 25 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia N° 184 del 21 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, entendiéndose para todos los efectos afiliado al RPMPD sin solución de continuidad. En consecuencia, dispuso:

“(…) *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. representada legalmente por la doctora ANA BEATRIZ OCHOA MEJÍA o por quien haga sus veces, a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE, el valor de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros del señor ANDRÉS FELIPE CADAVID RESTREPO; de igual modo debe trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos. A la par se dispone que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a reactivar la afiliación del señor ANDRÉS FELIPE CADAVID RESTREPO, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad

y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y que, las semanas acreditadas por la AFP PROTECCIÓN S.A., se refleje en su historia laboral. (...)”.

Gravó en costas a **PROTECCIÓN S.A.**

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, no empecé la manera en que se hubiere formulado la pretensión desde la demanda, el asunto puesto a su consideración debía estudiarse desde la órbita de la ineficacia (SL1688-2019). Así mismo anotó que, la posición Jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado está ampliamente decantada, anotando que, la libre escogencia de régimen pensional tiene como presupuesto inexorable, que el fondo dispuesto a recibir al afiliado cumpla con sus obligaciones profesionales, direccionadas a que el ciudadano obtenga un conocimiento sobre el régimen al que pretende vincularse, así como las consecuencias de su decisión, las cuales debe garantizar la AFP, condiciones introducidas desde la misma Ley 100 de 1993.

Afirmó que, esa obligación de asesoría es ineludible, argumentos reforzados con lo dicho en Sentencias SL1452-2019, SL1688-2019 y SL2611-2020, teniendo entonces la entidad de pensiones la carga de demostrar que proporcionó la debida asesoría, situación evaluada al momento del primer acto, el cual no puede ser saneado más adelante, ni siquiera por traslados horizontales posteriores. Así mismo expuso que, el deber de información no se acredita con el formulario de afiliación arrimado al proceso.

En ese sentido expuso que, en el presente asunto, **PROTECCIÓN S.A.** no acreditó haber suministrado una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por este, con las consecuencias económicas anotadas SL31989-2008, SL19447-2017 y SL1421-2019, sin que sea admisible la excepción de prescripción.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que no se interpuso recurso alguno en contra de la sentencia de primera instancia, el presente asunto se estudiará 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. 097 del 12 de **ABRIL** de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, se refirió en primer lugar a la figura del reaseguro, aduciendo que este es un contrato de seguro mediante el cual una compañía aseguradora (cedente) pasa a ser asegurado de otra entidad aseguradora (reaseguradora), contrato que no se configuro durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante a mi representada, por lo que no hay efecto alguno que retrotraer para el caso concreto. Adicionalmente, no existen en los cobros realizados por Protección, como gastos de administración a título de reaseguros durante la vigencia de la afiliación de la parte demandante, ya que como se expuso, es una figura distinta a la establecida en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que fija que tanto en el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional para financiar las pensiones de sobrevivencia y/o invalidez.

Acto seguido se refirió al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-**FOGAFIN**, el cual es una autoridad financiera adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento, sociedades especializadas en depósitos electrónicos (SED PES) que, por obligación, están inscritos en FOGAFÍN.

En concordancia con lo anterior, sostuvo que el seguro de depósitos que es manejado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, que a su vez se encuentra regulado en la actualidad por la Resolución 05 de 2009, norma que derogó la regulación anterior contenida en la Resolución 01 de 2009. La Resolución 1 de 2009 derogó, a su turno, las Resoluciones 1 de 1988, 2 de 1989, 2 de 1991, la 2 de 1992, 2 de 1993, 2 de 1996, 1 de 1997, 1 de 1998, 2 de 2000, 5 de 2000, 3 de 2001, 2 de 2005, 1 de 2006, y los numerales I y II y el Anexo I de la Circular Externa número 007 de 2002.

No obstante la derogatoria de la citada Resolución 01 de 2009, el párrafo del artículo 20 de la Resolución 05 de 2009 dispone que dicha Resolución 01 continuará rigiendo para efectos de la devolución de primas y cobro de prima adicional de los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento y las sociedades de capitalización, correspondientes al año 2009, así como, para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos relacionados con ellas, manifestando entonces que no puede ordenarse devolver un rubro que ya fue derogado.

Finalmente, señaló que está completamente claro que Colpensiones tampoco sería el destinatario legítimo del pago realizado por dichos conceptos, como quiera que el mismo está administrado por el Ministerio del Trabajo (entidad completamente ajena e independiente al Régimen de Prima Media) y como bien lo entendió la Sala, los conceptos en este fondo son obligatorios independiente del Régimen Pensional, por lo que lo jurídicamente preciso comportaría solicitar al Fondo de Solidaridad Pensional el pago de aportes para proceder a pagarlos a Colpensiones, y posteriormente que Colpensiones procediera a cancelarlos nuevamente al Fondo de Solidaridad Pensional; otra cosa, implicaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones en contraprestación de un empobrecimiento injustificado de Protección S.A. por cuanto los aportes corresponden a un tercero completamente ajeno (Ministerio del Trabajo), al cual le es indiferente el Régimen Pensional del afiliado en cuestión para efectos del aporte al Fondo de Solidaridad Pensional (Archivo 03 ED).

Por su parte la togada de **COLPENSIONES**, solicitó se revocara la Sentencia de Primera Instancia resaltando, que el señor Andrés Felipe Cadavid Restrepo, en la actualidad cuenta con 61 años de edad, toda vez que nació el 12 de diciembre de 1961, y si se trae a colación lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, que “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, requisito que el demandante ya no cumple.

Así mismo, y en cuanto a la pretensión de declarar la nulidad o ineficacia del traslado y reactivar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, solicitó, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

En consecuencia y en aplicación al artículo antes mencionado, adujo que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Acto seguido, sostuvo que debe evaluarse el caso analizado bajo los postulados de la norma aplicable al caso y la cual estaba vigente al momento del traslado del demandante.

Finalmente, deprecó no condenar a su representada teniendo en cuenta que es un tercero ajeno al hecho del traslado, solicitando además se ordene a PROTECCIÓN S.A. devolver todos los valores que posee en la cuenta de ahorro individual del actor (Archivo 04 ED).

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, precisa y completa 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 **ANDRÉS FELIPE CADAVID RESTREPO** estuvo afiliado en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre los años 1981 y 2000 (f. 42 a 47 Archivo 09 ED).
- (ii) Que el 1 de mayo del 2000 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra vinculado en la actualidad (f. 38 y 61 a 77 Archivo 10 ED).
- (iii) Que el 19 de octubre de 2021 el actor solicitó a **COLPENSIONES** que declarase la ineficacia de su traslado, petición negada por esa autoridad en comunicado de la misma fecha (f. 60 a 63 Archivo 03 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 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 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, 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 que, la mera 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).

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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 38 Archivo 10 ED), realmente 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.

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 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, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte (Min. 22:20 a 34:46 Archivo 16 ED), en el cual no se observan afirmaciones que lo perjudiquen.

Se observa aquí 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 de los afiliados.

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 la 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, 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. 39 a 44 Archivo 10 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.

Con todo estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, 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 que llegaren a efectuarse 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.**, administradora a la que se encuentra afiliado en la actualidad, 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 RMPMD, 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 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022).

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, 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 este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, junto a las consecuencias económicas impuestas a la parte demandada. No obstante, habrá de aclararse el numeral segundo de la decisión estudiada, a efectos de precisar que la indexación ordenada procede respecto tanto sobre lo descontado por gastos de administración, como por primas de seguro

previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues tal como quedó fijado en la resolutive, a simple vista pareciera que solo se ordena la actualización en lo concerniente al último rubro descrito.

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 (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se aclarará la sentencia en el punto descrito, confirmándose en todo lo demás la decisión. Sin costas por haberse conocido en consulta.

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: ACLARAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 184 del 21 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de precisar que procede la **INDEXACIÓN** ordenada allí respecto de lo descontado por gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión consultada.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA