

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HELENA DEL CORRAL LONDOÑO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE	PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-020-2021-00311-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 093

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 No. 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 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **HELENA DEL CORRAL LONDOÑO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que, consecuentemente, se condene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el total de los valores recibidos con motivo de su afiliación, así como el bono pensional y los rendimientos generados, incluyendo los dineros cobrados por cuotas de administración, debidamente indexadas. **3)** Seguidamente, peticionó condenar a **COLFONDOS S.A.** al reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de no haber brindado una debida asesoría al momento del traslado, conforme lo precisado en la Ley 446 de 1998. **4)** Por último, peticionó el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados desde el 1 de julio de 2013 sobre los dineros cobrados indebidamente, hasta el momento efectivo de su pago. En subsidio de estos solicitó la indexación de las prestaciones que llegasen a reconocerse.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 8 de abril de 1964, afiliándose en pensiones al ISS hoy **COLPENSIONES**, entidad en la que permaneció hasta 2013, año en el que se trasladó al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, decisión que, adujo, asumió mediante engaños y publicidad engañosa por parte de los asesores del fondo privado, toda vez que se le indicó que el ISS se acabaría, pero en parte alguna recibió explicación sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, al igual que tampoco le fue realizada proyección pensional explicada de manera clara, detallada, concreta y oportuna.

Que una vez se trasladó a la AFP, continuó efectuando cotizaciones de manera ininterrumpida, al paso que el fondo cobró comisiones del 4.5% sobre la base salarial devengada, violando con ello lo establecido en los artículos 20 y 104 de la Ley 100 de 1993, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 656 de 1994 que establecen solo un 3,5% sobre la base de aporte del trabajador, recursos que considera, deben

ser devueltos por esa entidad, quien además debe pagarle los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** autorizar su traslado de régimen pensional, petición de la que no ha dado respuesta la citada entidad (f. 1 a 6 Archivo 02 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DE LA DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA; IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO QUIEN DEMANDA SE ENCUENTRA PENSIONADO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 3 a 22 Archivo 07 ED).

A su turno, **COLFONDOS S.A.** afirmó que, al momento de la afiliación de la demandante, fue asesorada de manera completa y adecuada por sus asesores, acerca de las condiciones en que opera el RAIS. Acto seguido, propuso como excepciones de mérito: “(...) *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 DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A.; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; COMPENSACIÓN y PAGO (...)*” (f. 4 a 19 Archivo 10 ED).

Mediante Auto del 17 de mayo de 2022, el Juzgado de primera instancia dispuso la vinculación de **PROTECCIÓN S.A.** al presente trámite, entidad que, al ser notificada en debida forma, expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria.

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 LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA 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. 1 a 16 Archivo 08 ED y Archivo 12 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 23 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, entendiéndose afiliada sin solución de continuidad al RPMPD. En consecuencia, dispuso:

*“(...) TERCERO. CONDENA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S. A., a que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que quede en firme esta providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por el demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha de afiliación al RAIS, hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen. En igual sentido, se CONDENA a la AFP PROTECCIÓN S.A, para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, traslade con destino a COLPENSIONES, y con cargo a su propio patrimonio, lo correspondiente a los*

*conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas provisionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliado a dicha administradora, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.*

**CUARTO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a recibir los aportes que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelvan como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la señora HELENA DEL CORRAL LONDOÑO, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 51.716.562, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. (...)**”.

Gravó con costas a **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**

Para arribar a esta decisión la Juzgadora argumentó que, tanto la línea legal como jurisprudencial relativa al tema de la ineficacia del traslado de régimen pensional, disponen que en estos procesos se analicen las circunstancias en las que se materializó el traslado de régimen, a efectos de verificar si en este acto existió una debida asesoría al afiliado por parte de las administradoras de pensiones, de manera que si se da la transgresión a esta obligación, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, teniendo a la persona vinculada, sin solución de continuidad, al régimen anterior al cual se hallaba afiliada.

Refiere que la prohibición legal de trasladarse en un periodo determinado, reglada por la Ley 100 de 1993, no aplica de manera estricta, pues debe verificarse si el traslado como tal fue libre y voluntario, es decir, previo otorgamiento la información completa y adecuada para la selección del régimen pensional, obligación contemplada desde la Constitución Nacional y la Ley 100 de 1993, preceptos en los que se estipula expresamente la obligación de informar a los afiliados, condición regulada en los Decretos 663 de 1993, 656 de 1994 y 720 de 1994, y que surgió desde la misma creación de estas entidades de pensiones.

Continuó haciendo una exposición de la jurisprudencia que viene siendo pacífica sobre el tema, citando como ejemplo lo concluido en Sentencia SL1688-2019, SL2611-2020 y SL4568-2021, pronunciamientos en los que se ha recabado en la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, correspondiéndole al fondo privado demostrar el cumplimiento del deber de información, por estar en mejor posición de probarlo (Art. 1604 Código Civil).

Recordó que no es posible en estos casos aplicar los efectos de la prescripción, en la medida que desde el nacimiento del traslado, el acto es considerado ineficaz, y por tanto, deben retrotraerse las cosas al estado anterior, estando en cabeza del fondo pensional la devolución de los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los gastos de administración, primas de seguro previsional, así como lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima (SL3464-2019, SL3871-2021 y SL4803-2021).

De ahí que, al no evidenciar el cumplimiento del deber de información por parte de **PROTECCIÓN S.A.** en los términos indicados por la Jurisprudencia, concluyó en la procedencia de declarar la ineficacia del traslado, disponiendo la activación de su afiliación al RPMPD, con las consecuencias económicas descritas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** recurrió la sentencia, apuntando que la decisión de recibir como afiliada a la demandante no tuvo en consideración las implicaciones económicas que esto conlleva, como, por ejemplo, el tener que asumir una defensa técnica para acudir al proceso, pese a que no tuvo participación dentro del acto jurídico del traslado, máxime que esta fue una decisión de la propia afiliada, al tenor el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, hecho ajeno a su representada. Expuso que la motivación de la accionante para solicitar la ineficacia, lo es la inconformidad con el monto de la mesada pensional, aunado a que la responsabilidad de la falta de información es exclusiva de la AFP privada.

Más adelante insistió en que, si bien la actora alega la existencia de vicios del consentimiento, suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, debiendo exigírsele a esta, un cuidado

en la toma de decisiones e informarse sobre las distintas opciones de mercado. Luego manifestó que, debe realizarse un examen a las pruebas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la formación profesional de la accionante, para de esa manera revocar la ineficacia concedida.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de la **DEMANDANTE** reiteró lo señalado en la demanda en torno a la procedencia de la ineficacia del traslado devenida del incumplimiento de la AFP del deber de información con las consecuencias económicas relativas a la devolución de los recursos con destino a **COLPENSIONES**. Así mismo, indicó que debió accederse a los perjuicios solicitados a en contra de **COLFONDOS S.A.**, agregando que por favorabilidad debía disponerse el reconocimiento de la pensión de vejez en cabeza de la primera, conforme lo estipulado en la Ley 797 de 2003 (Archivo 04 ED Tribunal).

Por su parte, la togada de **COLPENSIONES** solicitó se revocara la Sentencia de Primera Instancia resaltando, fundamentado en el contenido del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe el traslado entre regímenes cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

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 05 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, 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 previos las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que la señora **HELENA DEL CORRAL LONDOÑO** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1990 y 2000 (f. 18 a 19 Archivo 02 ED).
- (ii) Que el día 23 de julio de 1999 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (f. 28 y 32 Archivo 08 ED).
- (iii) Que, durante su estancia en el RAIS, el 31 de mayo de 2013 la accionante se pasó a **COLFONDOS S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 93 a 102 Archivo 10 ED).
- (iv) Que el 26 de mayo de 2021 la señora **CORRAL LONDOÑO** solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado al RPMPD, trámite negado por esa demandada en comunicado de la misma calenda (Archivo 21 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 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 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 adoctrinado 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 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, 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 de la demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, así como el certificado SIAFP – Asofondos que muestra la vinculación de la actora a **COLFONDOS S.A.** (f. 28 y 32 Archivo 08 ED y f. 93 Archivo 10 ED), nada se logra extractar 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 la afiliada 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, y si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 36:52 a 53:21 Archivo 22 ED), de este no logra extraerse confesión que la 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 la demandante lleva afiliada 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 la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (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, frente a lo señalado por la recurrente sobre la actitud pasiva de la afiliada, es válido traer a colación que, en Sentencia SL2908-2022, 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 de la Sala).

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 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.

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, conclusión esta que tiene apoyo en 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 **COLFONDOS S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, 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 RPMPD, 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 la apoderada 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.** 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.

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, 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 de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En lo relativo a los **rendimientos** debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por 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 de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

Sin embargo es menester indicar que, como el presente proceso también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, debe disponerse la indexación de varios emolumentos que la AFP debe trasladar aquella, corrección monetaria que cobija tanto los gastos de administración, como los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, ello en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo (Sentencia SL2611-2020), razón por la cual habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de primer grado para que **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** trasladen tales recursos debidamente actualizados.

De igual forma, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se ordenan trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (SL1563-2022,

SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, 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 adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás la providencia. Sin costas pese a no salir adelante el recurso de **COLPENSIONES**, toda vez que el proceso igualmente fue conocido en el grado de 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: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 23 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, con la siguiente disposición:

- **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** que, lo correspondiente a los porcentajes destinados en su momento a los gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional descontados durante el tiempo de afiliación de la señora **HELENA DEL CORRAL LONDOÑO**, **sean devueltos debidamente indexados.**
- **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y 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