

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MÓNICA MARÍA LONDOÑO RENDÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-020-2020-00159-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 090

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°012 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 26 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MÓNICA MARÍA LONDOÑO RENDÓN** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que, consecuencialmente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados por ella al RAIS, así como los rendimientos, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos o cuotas de administración, las primas de reaseguro de FOGAFÍN, y las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes. **3)** Seguidamente, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** a recibir los aportes provenientes del RAIS, procediendo a reactivar su afiliación en el RPMPD.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 13 de septiembre de 1972, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta 1997, año en el que se trasladó al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** Manifestó que, al momento del traslado, la AFP no le brindó una asesoría jurídica, económica y financiera especializada en pensiones, pues aunque en el modelo explicado se le puso de presente que en el RAIS podía pensionarse de manera anticipada, nada se dijo acerca de que en este, su pensión solo ascendería a UN (1) SMLMV, y que tal vez en el RPMPD la mesada podía ser mejor. Que si bien en el 2000 fue reasesorada por el fondo privado, no recuerda los términos de este encuentro.

Expuso que el 17 de enero de 2020 recibió una proyección de lo que llegaría a ser su mesada en el RAIS, arrojando como resultado la suma de \$1.222.474 para el año 2029, mientras que en el RPMPD podría llegar a \$2.226.649, siendo esta última evidentemente superior. Que, en virtud de lo anterior, solicitó a **COLPENSIONES** autorizar su traslado de régimen pensional, petición finalmente negada por esta accionada (f. 1 a 22 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 NULIDAD Y/O INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; SANEAMIENTO DE LA NULIDAD RELATIVA ALEGADA POR LA PARTE DEMANDANTE ADUCIENDO QUE FUE INDUCIDA EN ERROR; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 1 a 9 Archivo 14 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, incluida la 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 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 23 Archivo 16 ED).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 26 de agosto 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. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. 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 la 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, asumiendo con cargo a su propio patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la demandante a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa 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 PROTECCIÓN S.A. le devuelva 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 MONICA MARIA LONDOÑO RENDÓN, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 43.736.008, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral. (...)”.*

Gravó con costas a **PROTECCIÓN 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.

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

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** recurrió la decisión apuntando que la demandante aceptó en su interrogatorio que no hubo error, fuerza o dolo al momento de su afiliación al RAIS, toda vez que su decisión fue libre y voluntaria, siendo conocedora de cómo se realizaría la liquidación de su pensión. En ese sentido, señaló que la vinculación de la actora se hizo con observancia a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, brindándole una asesoría clara, oportuna y concreta para que fuese esta la que tomara la determinación de forma consciente e informada.

Acto seguido anotó que para el año 2000, el formulario de afiliación suscrito contiene la información de la demandante para la selección voluntaria, incluso con una proyección pensional, enfatizando esta como prueba que constata el cumplimiento de la obligación del traslado, más aun que la demandante tuvo afiliación al fondo voluntario de pensiones, aspectos no tenidos en cuenta por la Juez de primer grado, reforzados con lo señalado en Sentencia SL812-2022, a efectos de indicar que la solución al caso sería distinta. Así mismo, señaló que la demandante se afilió en el año 1997 al ISS, momento en el que también recibió asesoría por parte del RPMPD.

De otro lado, expuso frente a las condenas relativas a la devolución de gastos de administración y primas de seguro previsional, que estos emolumentos son descuentos autorizados por la Ley 797 de 2003, aunado a que durante la vinculación de la actora se generaron rendimientos superiores incluso a lo aportado, por lo que, devolver las cuotas de administración implicaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de **COLPENSIONES**, en tanto recibiría unos valores que ni siquiera financian la pensión de vejez y son susceptibles de prescribir.

Además, indicó que, los rendimientos se generaron con ocasión de la buena gestión de la entidad, estando en la posibilidad de conservar las citadas cuotas al tenor del artículo 1746 código civil, al igual que lo señalado en el Decreto 3995 de 2008.

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

Mediante auto No. 136 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de **COLPENSIONES**, expresando que, en primera medida, tal como aparecen condensados los hechos de la demanda, estos contienen negaciones definidas que no alteran la carga de prueba, toda vez que, para hablar de negación indefinida, la persona debe encontrarse en situación de imposibilidad demostrativa, motivos por los cuales adujo, que no procede privilegiar a la parte actora en punto a la manifestación relativa a no haber recibido información alguna.

Luego, en lo relativo al tema probatorio, la Sala de Casación Laboral de la CSJ se atribuye una competencia que no tiene, en la medida en que fijó un estándar de prueba, dado que es el Juez quien debe analizar cada caso en concreto conforme los artículos 60 y 61 CPLSS y 164 a 167 CGP.

Señaló como improcedente la pretensión de traslado, por encontrarse el actor a menos de 10 años de la edad pensional, según lo establecido en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 10 de la Ley 100 de 1993, debiendo tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en artículo 48 Superior, como un derecho constitucional y un servicio público de carácter obligatorio, el cual se pone en riesgo con la reactivación de la afiliación al RPMPD, según lo establecido en Sentencias C-789 de 2002, T-489 de 2010, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

No obstante, manifestó que, de mantenerse la orden de primera instancia, se disponga que la AFP devuelva todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento alguno (Archivo 04 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 **MÓNICA MARÍA LONDOÑO RENDÓN** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1991 y 2000 (f. 9 a 15 Archivo 14 ED).
- (ii) Que el día 22 de noviembre del 2000 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 35 y 40 a 78 Archivo 16 ED).
- (iii) Que el 16 de marzo de 2020 la actora radicó formulario de afiliación ante **COLPENSIONES**, trámite negado por esa demandada en comunicado de la misma calenda (f. 4 a 8 Archivo 04 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 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 SL1688-20°19, 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 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.** (f. 35 Archivo 16 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 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.

Si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 18:05 a 42:29 Archivo 24 ED), contrario a lo sostenido por la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, de este no logra extraerse confesión que la perjudique. Lo anterior como quiera que, en la intervención de la accionante se observa que la misma fue insistente en manifestar que, además de no recibir una información detallada sobre todo lo que rodeaba la decisión de trasladarse de régimen pensional, al momento de vincularse a **PROTECCIÓN S.A.**, aquella asistía a una congregación a la que también concurría el señor Héctor Castañeda, asesor de la AFP, quien le enseñó un portafolio de esa entidad, anotando que, en un acto de confianza suscribió un documento del que solo años después pudo verificar sus implicaciones. Así mismo reiteró que, pese a no ser obligada, más allá de la firma del

documento, no recibió explicación de ninguna clase, y que, si bien se acercó a las instalaciones de la entidad en varias ocasiones, lo hacía para preguntar de manera específica por lo ahorrado en un programa llamado “semillas”, en el cual podía incluso retirar dinero.

En igual sentido, en la alzada se pone de presente lo decidido en Sentencia SL812-2022, en la cual se despachó desfavorablemente la solicitud de ineficacia del traslado de la accionante en ese proceso, providencia que precisa la Sala, no tiene las mismas condiciones fácticas del asunto aquí estudiado, pues en aquella oportunidad el ejercicio demostrativo tenía otros contornos, como, por ejemplo, **que la demandante plasmó de su puño y letra en el formulario el hecho de ser conocedora de que el cambio de régimen no la favorecía, pero aun así decidía trasladarse**, situación confesada incluso en interrogatorio de parte, aspectos que efectivamente distan del resultado probatorio en el caso de marras, ya que, como se dijo, además de no tenerse confesión de la accionante, aquella incluso aseveró que el formulario de afiliación fue diligenciado en su totalidad por el asesor, procediendo luego a firmarlo sin reparos, dada la cercanía que existía entre estos como integrantes de una comunidad religiosa.

En igual sentido se insiste, la suscripción de esta clase de formularios, ha recordado la Jurisprudencia, se torna insuficiente para acreditar las obligaciones informativas a cargo de las AFP. Así fue recordado en Sentencia SL397-2023: “(...) *En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º 59), se encuentra adocctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019) (...)*”.

En la misma decisión, frente a lo argüido por el apelante acerca de aportes voluntarios efectuados por la afiliada, el Alto Tribunal ha aclarado que estos tampoco tienen la virtualidad de convalidar el traslado irregular al decir que: “(...) *esta Corporación ha ilustrado que dicho suceso no tiene la potencialidad de ratificar que, el traslado de régimen se efectuó con los parámetros informativos suficientes y requeridos que debió proporcionar la AFP, así como tampoco subsana que se haya incumplido dicha obligación (sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada entre otras, en la CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083) (...)*”.

Con todo 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.

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 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 2° 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 **PROTECCIÓN S.A.**, 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 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 pese a lo señalado en la alzada, 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.

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 demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

Sin embargo, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen 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 pública 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 el aspecto descrito, confirmándose en lo demás la providencia. Las costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 26 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, con la siguiente disposición:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMA** lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO:** Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA