

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-008-2020-00430-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISION	ADICIONA

SENTENCIA No. 268

Medellín, treinta y uno (31) de octubre 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 QUINTA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N° 038 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia N° 339 del 18 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A.**, teniéndose válidamente afiliada y sin solución de continuidad a **COLPENSIONES**. **2)** Que, consecuentemente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional si hay lugar a este. **3)** Así mismo, instó que se ordene a **COLPENSIONES** afiliarla nuevamente al RPMPD, y recibir los recursos provenientes del RAIS.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 4 de abril de 1964, afiliándose en pensiones al ISS, entidad en la que permaneció hasta julio de 1999, año en el que decidió trasladarse al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, acto para el que adujo, fue abordada por un asesor de esta entidad, quien, sin ofrecerle claridad sobre el asunto, le sugirió el traslado de régimen, omitiendo darle explicación sobre las ventajas o desventajas de aceptar este traslado; creándole incluso una falsa ilusión sobre la posibilidad de pensionarse con una mesada superior a la ofrecida en el RPMPD; lo que quiere decir que su afiliación al régimen privado no obedeció a una verdadera, libre, voluntaria y plena manifestación de su voluntad, como quiera que se debió a una falta de información, situación que se reiteró en sus traslados horizontales a las AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., y PROTECCIÓN S.A.**

Finalmente refiere que, solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado al RAIS,

y que de esa forma la tuviera como vinculada al RPMPD, petición negada por esta entidad (f. 1 a 10 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLFONDOS S.A.** manifestó en su defensa que, al momento del traslado de la demandante, se le informó de manera adecuada y completa sobre las condiciones bajo las cuales opera el RAIS. Propuso las excepciones de: “(...) *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. 1 a 11 Archivo 09 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE RECONOCER PENSION DE VEJEZ; DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR INTERESES MORATORIOS; PRESCRIPCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 15 Archivo 10 ED).

Luego, **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, fueron vinculados de forma libre y voluntaria. En ese sentido formuló como medios exceptivos los que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; 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; 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 y TRASLADOS ENTRE AFP'S COMO ACTOS DE RELACIONAMIENTO EN TÉRMINOS DE LA SENTENCIA SL4934-2020* (...)” (f. 3 a 25 Archivo 12 ED).

De igual modo, la sociedad **SKANDIA S.A.** argumentó que ha obrado de buena fe, atendiendo las disposiciones normativas vigentes para el momento de la vinculación de la accionante. En consecuencia, propuso los exceptivos de: “(...) *PRESCRIPCIÓN; BUENA FE y COBRO DE LO NO DEBIDO POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN* (...)” (f. 1 a 17 Archivo 17 ED).

Por último, **PORVENIR S.A.** aseveró que la afiliación de la demandante a esta entidad, obedeció a una decisión consciente y espontánea de parte de aquella. Por lo anterior, invocó las excepciones de: “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE* (...)” (f. 1 a 26 Archivo 24 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante la Sentencia N° 339 del 18 de septiembre de 2023, declaró:

“(...) **PRIMERO:** SE DECLARA la ineficacia del acto jurídico del traslado que la demandante OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES identificada con cédula de ciudadanía número 51.802.692, hizo del entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP PROTECCIÓN S.A. que, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado en la actualidad por COLPENSIONES, devuelva a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidas las cuotas de administración, las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, lo que hará dentro de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: SE ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que permita el traslado de la actora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida, conservando los beneficios que la cobijaban al momento de su traslado de régimen.

CUARTO: Las excepciones quedan resueltas implícitamente con la presente decisión.

QUINTO: CONDENAR en costas a las codemandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, la AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A., las cuales se tasarán por secretaria. (...)”.

Como sustento de su decisión, sostuvo la Juez de Primera Instancia que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 determina que la selección de cualquiera de los regímenes del sistema de seguridad social en pensión es libre y voluntaria por parte del afiliado, siendo obligación de los fondos de pensiones brindar, no cualquier tipo de asesoría, sino la que permita al usuario el ejercicio de la libertad informada, tal como se dejó establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL6838-2019.

Además señaló que, en este tipo de procesos se invierte la carga de la prueba, por lo que solo le corresponde al afiliado aducir que no recibió la asesoría adecuada, para que sea el fondo de pensiones quien asuma el deber de demostrar que sí suministró la información necesaria para que el usuario tomara la decisión adecuada, explicando que ni la oportuna reasesoría puede sanear lo que ya estaba fenecido desde su nacimiento.

En esa senda adujo la Juzgadora de instancia, que con las pruebas arrimadas no se vislumbra que las AFP del RAIS demandadas hubiesen suministrado a la señora **OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES**, la información necesaria y completa, exponiéndole las ventajas y desventajas de tal decisión, así como dejarle claras las consecuencias que esta le traería; denotándose la ausencia de los deberes y obligaciones de su parte, entre ellas, la de información, que se debe exhibir en todas las etapas del proceso; información que se exige sea completa y comprensible. Refiere no se observa del interrogatorio de parte, confesión alguna que lleve al cambio de lo aquí decidido, y mucho menos se aportó documental que refleje el estudio pormenorizado de la situación particular de la reclamante, todo lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado solicitada, así como de los traslados horizontales efectuados dentro de su estancia en el RAIS, con las consecuencias económicas descritas en cabeza de **PROTECCIÓN S.A.**

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 en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de **PORVENIR S.A.** alegó que no es viable imponer a la AFP la devolución de los gastos de administración, porcentajes de prima de seguro previsional y recursos para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales tienen una

destinación específica señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que ha sido cumplida plenamente, no encontrándose a la echa dentro de su patrimonio, aunado a que su devolución generaría un enriquecimiento sin causa, máxime que su deducción no se produjo de forma antojadiza, sino con amparo a lo dispuesto en el ordenamiento.

De igual forma, alegó que en esta clase de asuntos debe darse aplicación a las restituciones mutuas, ello a efectos de hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema, de conformidad con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000 (Archivo 03 ED Tribunal).

A su turno, la mandataria de **COLPENSIONES** argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez, caso en el cual las afirmaciones sobre la existencia de vicios e incumplimiento de parte de la AFP deben probarse en el curso del debate judicial. De igual forma, argumentó que la reclamante se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificadorio de la Ley 100 de 1993. No obstante, afirmó que, de decidirse por la ineficacia del traslado, la Jurisprudencia ha sido clara en relación con las sumas que deben devolverse al RPMPD (Sentencias Rad. 31989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019) (Archivo 04 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS 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 la señora **OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó aportes entre 1984 y 1999 (f. 12 a 17 Archivo 01 ED).
- (ii) Que el 6 de mayo de 1999, la demandante se afilió a **COLFONDOS S.A.**, de la que luego pasó a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR S.A.** el 28 de julio del 2000, regresando a **COLFONDOS S.A.** el 17 de abril de 2001, ente del cual migró con destino a **SKANDIA S.A.** el 24 de junio de 2008(f. 74 a 75 Archivo 12 ED, f. 30 Archivo 24 ED y f. 25 Archivo 17 ED).
- (iii) Posteriormente, la accionante se trasladó nuevamente a **COLFONDOS S.A.** 12 de junio de 2009, y recaló finalmente en **PROTECCIÓN S.A.** el 11 de julio de 2013, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 74 Archivo 12 ED, f. 76 a 77 Archivo 12 ED).
- (iv) Que el 17 de febrero de 2020 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su traslado al RAIS, petición negada en oficio del día siguiente (f. 27 a 33 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual

de pensiones obligatorias: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron 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).

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. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiere traer en el futuro pensional. (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 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 acarreaba 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 se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente los formularios de afiliación de la demandante a las AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, así como el certificado SIAFP – ASOFONDOS que muestra las vinculaciones de la actora a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** (f. 74 a 77 Archivo 12 ED, f. 30 Archivo 24 ED y f. 25 Archivo 17 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarreaba 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.

Aúnesse 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. 18:38 a 48:06 Archivo 37 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 a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, 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 la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la vinculación de la accionante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a la demandada, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquel se afilió a la AFP, 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, 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 **COLFONDOS S.A.** - entidad con la que se materializó el traslado de régimen por 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 la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas, conclusión que encuentra respaldo en 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.**, entidad en la que se encuentra afiliada actualmente, así como las AFP **SKANDIA S.A.** y **PORVENIR S.A.** no trasladen 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 **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR 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 **COLFONDOS S.A.**, **SKANDIA S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR 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 la afiliada, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse 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, y como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, debe disponerse la indexación de varios emolumentos que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a aquella, como quiera que la citada corrección monetaria procede sobre los recursos a reintegrar por concepto de gastos de administración, 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, a fin de ordenarle a la AFP en comento, que los citados rubros los devuelva debidamente indexados.

Por su parte, también se adicionará la decisión en punto a ordenar a **COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** que reintegren debidamente indexados los recursos descontados a la demandante por concepto de gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, tal como lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609-2021 y SL2611-2020.

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 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, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022).

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 ineficacia 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 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 (SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmandose en lo demás. Sin costas por haberse 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 N° 339 del 18 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el sentido de:

- **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.** que, lo correspondiente a gastos de administración, los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional descontados durante el tiempo de afiliación de la señora **OLGA MARÍA GUTIÉRREZ CÉSPEDES**, sean devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados.
- **ORDENAR a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** que procedan con la devolución a **COLPENSIONES** de lo correspondiente a gastos de administración, los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, descontados durante el tiempo de afiliación de la accionante a cada una de estas entidades, rubros que deberán ser debidamente indexados.
- **ORDENAR a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 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