



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CONCEPCIÓN CÓRDOBA MANRIQUE
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE	PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-021-2020-00058-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA y CONFIRMA

SENTENCIA No. 265

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 en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 037 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 12 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **CONCEPCIÓN CÓRDOBA MANRIQUE**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, suma de las aseguradoras, con todos sus frutos, como rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos. **3)** Se ordene a **COLPENSIONES** a validar los aportes referenciados y a incorporarlos en la historia laboral en pensiones del asegurado. **4)** Finalmente, deprecó se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo reclamado, indica la demandante haber suscrito un contrato de traslado de vinculación al RAIS, sin embargo, aduce que el asesor de esta última entidad omitió la obligación al buen consejo, ya que no brindó una información clara y completa de los beneficios, contras y consecuencias del traslado.

Finalmente, alega que el 13 de diciembre de 2019, solicitó a las demandadas aceptar el traslado o regreso al régimen administrado por **COLPENSIONES**.

CONTESTACIONES

Debe resaltarse que, a través de auto del 22 de julio de 2022, se ordenó la integración como Litisconsorte necesario de **PORVENIR S.A.** (Archivo 12 ED).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de mérito las de: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO; INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN - SEGUROS PREVISIONALES - COMISIONES - INDEXADOS; PRESCRIPCIÓN e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 1 a 12 Archivo 03 ED).

A su vez, **PROTECCIÓN** descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN, 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 18 Archivo 08 ED).

Por último, **PORVENIR** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, formulando las siguientes excepciones de fondo: “(...) *PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD; COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y BUENA FE* (...)” (f. 1 a 29 Archivo 14 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 12 de septiembre de 2023, decidió:

“(...) 1. Declarar la ineficacia del traslado del (de la) demandante CONCEPCIÓN CÓRDOBA MANRIQUE del RPMPD al RAIS y declarar la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

2. Ordenar a PORVENIR SA el traslado a COLPENSIONES y a esta a recibir los saldos de la cuenta de ahorro individual del (de la) demandante, incluidos los rendimientos financieros y los saldos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

3. Se condena a PROTECCIÓN SA a trasladar a COLPENSIONES las cuotas de administración y las sumas del seguro previsional, previa indexación, que fueron descontadas de los aportes realizados en favor del (de la) demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo los tiempos de afiliación con otras AFP.

4. Se declara(n) probada(s) la(s) excepción(es) de ausencia de prueba del vicio en el consentimiento y no probadas las demás.

5. CONDENAR en costas a PROTECCIÓN SA y en favor del (de la) DEMANDANTE. Agencias en derecho: 1 smlmv. (...)”.

Para arribar a esta conclusión, el Juzgador de Primera Instancia sostuvo que, la demandante se encontraba inmersa en una causal de impedimento para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues no hizo uso del derecho de retracto dentro de

los cinco (5) días siguientes a su afiliación al RAIS, ni solicitó su regreso al RPMPD antes de los 10 años previos al cumplimiento de la edad para obtener su pensión de vejez, estas dos últimas excepciones consagradas en el literal d) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Acto seguido aseveró que, actualmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene una Jurisprudencia uniforme, pacífica y reiterada, en providencias como la SL31989 de 2008, SL4792 de 2014 y SL1452 de 2019, indicando que en casos similares al ahora estudiado se aplican principios como el de la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, explicando a su vez que es la AFP quien tiene la carga de la prueba, siendo a esta a quien le incumbe probar que en efecto brindó la debida asesoría al usuario, en orden a que este adoptase la decisión de vincularse al RAIS, sin que pueda tenerse el formulario de afiliación como prueba idónea para la demostración de la información suministrada, reiterando que es la Administradora de Pensiones del RAIS a quien le incumbe demostrar tal hecho, dada su responsabilidad profesional frente al deber de información que le correspondía.

Analizado el caso concreto señaló que, si bien dentro del expediente hay prueba de la reasesoría brindada para el año 2022 por parte de **PORVENIR S.A.**, la cual denota que la demandante si tendría una afectación grave en la mesada pensional que eventualmente fuera a percibir en el RAIS, siendo mucho mayor la mesada que percibiría en el RPMPD, esta información no fue oportuna, pues la asesoría eficiente es la que se ofrece en el momento correspondiente, esto es el de la afiliación.

Continuó recordando que las AFP deben brindar a los asegurados una información completa, clara, precisa y veraz, exponiéndoles las bondades, pero especialmente, las desventajas de los regímenes pensionales, con las consecuencias del traslado, a afectos de no ver afectadas sus prerrogativas, tales como la pensión. En ese sentido indicó que, conforme a las negaciones indefinidas esbozadas en la demanda, al tenor del artículo 167 CGP, correspondía a los fondos demandados demostrar la diligencia a la hora de asesorar a la actora, posición sostenida igualmente por la Sala Laboral del Tribunal de Medellín.

Seguidamente señaló que, la Jurisprudencia en esta temática ha considerado que para contemplar que el afiliado tomó una decisión autónoma y consciente, debe acreditarse que el citado conoció los riesgos y beneficios derivados del traslado de régimen, citando a manera de ejemplo las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1197-2021, línea que ha sido reiterativa en la jurisprudencia del Alto Tribunal de Casación Laboral, en el sentido de precisar que la afiliación y selección de régimen, debe cumplir con unas formalidades, y provenir de la decisión libre y voluntaria del afiliado.

A partir de lo expuesto anotó que, en el proceso no quedó demostrado por parte de la AFP el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley en relación con el deber de información para con su afiliada. Ante esa circunstancia agregó que, la suscripción del formulario no es suficiente para probar el deber de información (SL1147-2021), y menos el comunicado de prensa aportado por el fondo privado.

En consecuencia, concluyó la procedencia de declarar la ineficacia del traslado solicitada, debiendo la AFP devolver todo lo recibido con ocasión de la afiliación de la actora, incluido lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin que pueda tenerse como susceptible de prescripción la acción, conforme lo dispuesto en sentencias como la SL11428-2016.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de manera parcial, frente la orden dada a su mandante de trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y el importe de garantía de

pensión mínima, debidamente indexados, e incluso durante el tiempo en que no estuvo afiliada a su representada.

Indicó que se debe de tener en cuenta que según el artículo 20 de la ley 100 de 1993, tanto en el RPMPD como en el RAIS, el tres por ciento (3%) del IBC del afiliado está encaminado en pagar los gastos de administración y seguro previsional, explicando brevemente el funcionamiento de estos emolumentos, recalcando además que la buena gestión de la entidad en la administración de los valores de la cuenta de ahorro individual, genera unos rendimientos a favor de la afiliada.

Alega que, las pruebas documentales allegadas con la contestación de la demanda, dan muestra de los rendimientos financieros que cataloga como destacables, pues los dineros correspondientes a los aportes, no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, dado que estos valores son incluso superiores a la tasa de devaluación de la moneda, por ende, superan la necesidad de la indexación para el traslado a Colpensiones.

Luego sostuvo que, si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es volver las cosas a su estado anterior, se debe de tener en cuenta que nunca existió contrato de afiliación, y por ende **PROTECCIÓN**, no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, ni las subsiguientes cuotas de administración manejadas por **PORVENIR**, así que no se puede desconocer que el bien administrado produjo un rendimiento y unas mejoras, producto de la buena agestión de la AFP.

De otro lado sostuvo que, aun tratándose de contratos que son inherentes al Derecho Laboral y la Seguridad Social, no se puede desconocer que, aplicada la teoría de la nulidad del derecho privado en estricto sentido, se llegaría a la conclusión de que el demandante debería devolver los rendimientos dados a la AFP, y esta, la comisión de administración al afiliado.

Sobre la obligación de devolver el seguro previsional, sostuvo que estos fueron pagados a un tercero que no se encuentra vinculado en este proceso, erogaciones pagadas para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia, dineros que ya no están en las arcas de la entidad que representa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el mandatario de la parte **DEMANDANTE** expuso que, de confirmarse la decisión de primer grado, se condene a la apelante en costas, conforme lo indicado en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, 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. Reseñó igualmente que no hay disposición legal que autorice el traslado de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ya que, incluso los efectos de la ineficacia, permiten colegir la falta de justificación para la devolución de este rubro. Por último, reprochó la indexación ordenada en sentencia, al manifestar que esta orden comporta una doble condena, al haberse dispuesto también la

devolución de los rendimientos generados, con los cuales se vería resarcida la actualización monetaria ordenada (Archivo 03 ED Tribunal).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de la administradora demandada.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, debidamente indexados, 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 **CONCEPCIÓN CÓRDOBA MANRIQUE** estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1993 a 1998, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy **PROTECCIÓN S.A.** 08 de mayo de 1998 (f. 15 a 20 y 33 Archivos 01 y 08 ED).
- (ii) Que el 10 de noviembre de 2021, estando afiliada al Régimen de Ahorro individual, la demandante suscribió formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra vinculada en la actualidad (f. 31 Archivo 14 ED).
- (iii) Que el 13 de diciembre de 2019 la demandante solicitó el traslado al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**, petición de la que no obra respuesta en el expediente (f.23 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó demanera 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 o afiliación al régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. En ese orden, el ofrecimiento de un régimen no implicaba simplemente el hecho de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional. (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, solo la 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 únicamente 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).

Se ha decantado por el Alto Tribunal que, el acto de traslado de régimen es abordado desde el instituto de la ineficacia y no desde la nulidad, centrándose el análisis de la libertad afiliación en la constatación del deber de información y no de los vicios del consentimiento, puesto que la forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre se identifica en la omisión de brindar la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. (CSJ SL2208-2021)

Y en la sentencia CSJ SL3706-2021, la corporación sostuvo que, el fundamento para la declaratoria de ineficacia parte de un conjunto normativo de carácter especial que regula la afiliación en seguridad social en pensiones, y lo relativo a la calidad y oportunidad de la información ofrecida por la AFP, que debe preceder ese acto afiliación, todo lo cual al tenor del artículo 43 CST, que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil, para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

En ese contexto, resáltese que, la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo una obligación de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado (CSJ SL1688-2019, memorada en providencias CSJ SL5680-2021, CSJ SL 4803-2021 y CSJ SL1440-2021), presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”* (Sentencia SL2817-2019). (Subraya de la Sala).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte en primer lugar que, ni siquiera fue allegado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** formulario de afiliación a ING PENSIONES Y CESANTÍAS,

y tampoco del suscrito a **PORVENIR S.A.**, pues solo se cuenta con el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (f. 33 y 31 Archivos 08 y 14 ED), amén que tampoco se adosó ninguna información relativa a la asesoría ofrecida a la accionante al momento de su vinculación inicial a la primera de las citadas AFP; de allí que nada pueda extraerse del infolio, respecto a la información brindada a la demandante, acerca de 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. 9:44 a 32:16 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 las 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 del afiliado.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS de la accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella 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 **PROTECCIÓN S.A.**, entidad con la que 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 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 **PORVENIR S.A.**, fondo al 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 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 PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, respecto de los periodos de vinculación que acredita la accionante con cada una de estas entidades, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022). Se precisa que dada la fusión de ING PENSIONES Y CESANTÍAS con **PROTECCIÓN S.A.**, los gastos de administración (con los tres ítems que componen este rubro), por el periodo de vinculación de la actora a ING serán asumidos por **PROTECCION**.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **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 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, atendiendo a lo considerado hasta aquí, teniendo en cuenta que la decisión de primer grado también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** que también traslade lo descontado por **gastos de administración y primas de seguro previsional**, rubros que junto a lo correspondiente al **fondo de garantía de pensión mínima deben ser reintegrados de manera indexada**, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, deberá adicionarse el numeral tercero, ordenando a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade igualmente lo correspondiente al **fondo de garantía de pensión mínima**, rubro que también **debe ser reintegrado de manera indexada**.

Arguye el fondo del RAIS **PROTECCIÓN S.A.** en su alzada, que la **indexación** de los valores atinentes a ***gastos de administración, porcentajes destinados a cancelar las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima*** es incompatible con la devolución de los **rendimientos**, pues en su sentir comporta una doble erogación; aspecto

que en contravía de lo argüido por la recurrente, no resulta discordante, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencia SL2611-2020).

Se precisa en relación con los *rendimientos* - cuya devolución también fue objeto de la condena -, que estos son causados exclusivamente sobre los *aportes de la cuenta de ahorro individual, por expreso mandato legal*; ubicándose de otra parte, los rubros correspondientes a *gastos de administración, primas de seguro previsional y recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima*, emolumentos sobre los que ningún rédito adicional se genera, lo que amerita su actualización, se insiste, en orden a que no pierdan su valor monetario.

Así queda dilucidado, que, al tratarse de diversas erogaciones, exigen una determinación precisa para cada uno, respecto de su reconstrucción o beneficios; por una parte, los *aportes*, que generaron unos *rendimientos*; y de otro lado, los gastos de administración y demás elementos que integran este rubro, que no obtienen tales beneficios, requiriendo su actualización por vía de la indexación, para conjurar su envilecimiento.

De igual forma, y para mayor claridad de los recursos que se están trasladando al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se dispondrá que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (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 (SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos y se confirmará en lo demás. 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 parte resolutive de la Sentencia del 12 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado por gastos de administración y primas de seguros previsionales, sumas de dinero que, junto con lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser devueltos de manera indexada.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO**, de la parte resolutive, con la siguiente disposición:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade igualmente lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, rubro que igualmente será devuelto de manera indexada.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.** y **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.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

QUINTO: 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