

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-014-2019-00661-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen. - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 256

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°036 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN formulado por el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, respecto de la Sentencia del 29 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

El señor **ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad de su traslado al RAIS, teniéndose válidamente afiliado al RPMPD gestionado por **COLPENSIONES**. **2)** Que consecuentemente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los respectivos intereses y rendimientos generados. **3)** Seguidamente, peticionó condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, incluyendo las mesadas adicionales, desde el momento en que cumplió los requisitos para ello, y los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que nació el 1 de septiembre de 1957, afiliándose en pensiones al ISS desde 1984, entidad en la que permaneció hasta 1994, cuando se trasladó a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, acto para el que adujo, no fue debidamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, pues ni siquiera se le informó que perdería los beneficios del RPMPD, y de paso, que su derecho a pensionarse estaría en riesgo.

Que a la fecha no ha podido regresar al RPMPD, cuenta con la edad de 62 años y más de 1300 semanas cotizadas, y aunque ha solicitado a **COLPENSIONES** que se anule o declare la ineficacia de su traslado al RAIS, no ha obtenido un resultado positivo, pese a que, insistió,

PROTECCIÓN S.A. incumplió sus obligaciones, como quiera que no evaluó su situación pensional, ya que ni siquiera lo ilustró sobre la forma de liquidación de la pensión en ambos regímenes, lo relacionado con el bono pensional, el capital necesario para pensionarse, es decir, no le dio un buen consejo al momento de afiliarse, puesto que, en el RAIS su pensión sería equivalente a UN (1) SMLMV, mientras que en el RPMPD, alcanzaría a la suma de \$2.965.401 (f. 4 a 26 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluido el demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria.

Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y 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. 2 a 25 Archivo 04 ED).

A su turno, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *ERRONEA E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1604 DEL CODIGO CIVIL; DESCAPITALIZACIÓN DEL SISTEMA PENSIONAL; INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN LABORAL; CADUCIDAD; INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD; SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA; NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ORDEN PÚBLICO; INEXISTENCIA DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN POR PARTE DE COLPENSIONES y NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS NI INDEMNIZACIÓN MORATORIA* (...)” (f. 2 a 40 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante Sentencia 29 de agosto de 2023, el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dispuso lo siguiente:

“(...) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación del señor ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR identificado con la CC No. 4.829.002 al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. cuya fecha de efectividad fue el 01 de julio de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S. A., a trasladar con destino con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el valor de los dineros hallados en la cuenta de ahorro individual del señor ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR, incluyendo para el efecto los rendimientos que se hubieren causado, y las comisiones o gastos de administración, que envuelven lo pagado por seguro previsional y la garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reactivar la afiliación del señor ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR, al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad y validar todas las semanas de cotización efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la historia laboral de COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A que, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, comunique el contenido de decisión a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para los efectos legales correspondientes.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del señor ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR identificado con la CC No. 4.829.002, la pensión de vejez, dentro del término de 4 meses siguientes al recibo de los dineros por parte de PROTECCIÓN S.A., en los términos artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la cual debe calcular de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y se aplicará la tasa de reemplazo con el artículo 34 de la misma codificación modificado por la Ley 797 de 2003, cuyo disfrute se causará a partir de la última cotización efectivamente efectuada en el sistema, en razón de 13 mesadas anuales, más los incrementos anuales a que haya lugar.

SEXTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional reconocido al demandante, el valor de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud causadas, advirtiendo que las deberá trasladar a la EPS correspondiente del demandante.

SEPTIMO: DECLARAR probada la excepción de improcedencia de pagar intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; en su lugar, se condena a Colpensiones a actualizar o indexar las mesadas causas teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

OCTAVO: COSTAS a cargo de PROTECCION S.A. y a favor de la parte demandante, para cuya liquidación se incluirán como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000).

Para arribar a esta decisión el Juzgador, luego de relacionar las pruebas relevantes recaudadas en el proceso, precisó que, respecto de la ineficacia del traslado que llevó al demandante a estar vinculado a la citada AFP, conforme lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, los fondos pensionales están en la obligación, desde la antesala de la afiliación, de entregar a los afiliados una información suficientemente clara sobre el traslado de régimen, de todos los riesgos en punto al tema de la liquidación pensional, tal como lo ha fijado en la Sentencia Rad. 31989 de 2008, línea consolidada por más de 15 años (SL1084-2023).

Lo anterior surgió, como una interpretación sistemática del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en punto al tema del deber de información; expuso que este implica desde la antesala de la afiliación, que la entidad proporcione toda la información relacionada con las características del régimen al cual se trasladaría, así como los riesgos de hacerlo, dadas las características diversas del RAIS y el RPMPD, más tratándose de personas que no tienen conocimientos sobre la materia, además de que las reglas de la experiencia enseñan, que la intención de estas entidades de pensiones fue solo la de captar afiliados.

En ese sentido expuso que, la manifestación contenida en la demanda acerca de no haber recibido asesoría, invierte la carga de la prueba en cabeza de la AFP (Art. 1604 Código Civil), sin que pueda tenerse como muestra de ello el formulario de afiliación, en tanto el precedente en cita ha indicado que este no es suficiente para eximir a la entidad de acreditar el cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, en un asunto que envuelve el derecho fundamental a la seguridad social. Seguidamente, averó que lo anterior tiene incidencia en asuntos como el estudiado, como quiera que está atado al concepto de remuneración mínima, vital y móvil, pues no puede sorprenderse al afiliado con una prestación en cuantía que no suple el propósito con el que ha tratado de construir sus últimos años de vida (SL3501-2022).

De ahí que, no advirtió que la AFP hubiere demostrado que proporcionó una verdadera información al afiliado, lo que trae de suyo que el acto de afiliación al RAIS no sea eficaz, es decir, no produjo efectos jurídicos conforme lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, insistiendo en que no hay herramienta probatoria que demuestre lo contrario.

Seguidamente afirmó que, a partir de la ineficacia concluida, se genera como consecuencia que las cosas vuelvan al estado anterior, lo que implica que el fondo tenga que devolver a **COLPENSIONES** los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y los gastos de administración, estos últimos que envuelven lo relacionado con las primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, punto en el cual indicó que, en su criterio, no había lugar a la indexación de estos recursos.

Luego, en lo referente a la pensión reclamada, anunció que el demandante cumplió las exigencias de edad y semanas para acceder a la prestación, conforme lo establecido en Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 1993, pero que, al continuar laborando en la actualidad, como lo aceptó en su interrogatorio el actor, ello impide una liquidación en concreto de la prestación, aclarando que el computo de la entidad debe incluir hasta la última semana de cotización.

Acto seguido anotó que, no había lugar a acceder a los intereses de mora reclamados, al indicar que no podía predicarse que la administradora del RPMPD hubiere incurrido en mora, concediendo en ese sentido la indexación de las sumas resultantes, autorizando a la citada entidad a descontar lo correspondiente por aportes a salud.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, solicitando tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, pues a partir de los datos de lo que sería la mesada del demandante a asumir por su representada, en comparación con los recursos en la cuenta de ahorro individual del actor, y dado que la diferencias eventuales deberían ser asumidas por su defendida, se prueba el desfinanciamiento del RPMPD; reforzó sus argumentos con lo indicado en sentencias SU-1024 de 2004, C-062 de 2010 y SU-426 de 2016. Así mismo, pidió tener en consideración la ratificación que surge con el hecho que el demandante hubiere estado afiliado al RAIS por más de 29 años, lo que quiere decir, además, que no ha contribuido con la financiación de los afiliados en el RPMPD en concordancia con los deberes del consumidor financiero (Decreto 2255 de 2010), como quiera que el accionante era plenamente capaz para suscribir contratos privados.

De otro lado, solicitó abstenerse de efectuar el reconocimiento pensional, como quiera que esto solo procede ante la anulación del traslado, y cuando ingresen los recursos al haber de su defendida, lo que no alcanza a agotarse en el término establecido en la sentencia.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto N° 371 notificado por estados del 27 de septiembre de 2023, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, las cuales omitieron pronunciarse al respecto (Archivo 02 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

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

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos y si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Solo de prosperar la ineficacia, se analizará si el actor acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez del régimen de prima media que reclama, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de la misma, la cuantía de la mesada y el retroactivo.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

(i) Que el señor **ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR** nació el 1° de septiembre de 1957, conforme se constata de la copia del documento de identidad visible a folio 62 Archivo 02 ED.

(ii) Que el citado se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó cotizaciones entre 1984 y 1994 (Archivo 14 ED).

(iii) Que el 21 de junio de 1994 el actor decidió trasladarse a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 38 y 41 Archivo 04 ED).

(iv) Que el 9 de octubre de 2019 el demandante solicitó a **COLPENSIONES** que declarara la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, teniéndose válidamente afiliado a esta, y procediera a reconocerle la pensión de vejez, petición de la que no obra respuesta en el expediente (f. 27 a 28 Archivo 03 ED y Expediente Administrativo 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 ahí que, no se trataba simplemente 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 la Máxima Corte de Casación Laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

Desprendiendo de lo antedicho, que la mera suscripción del formulario no resulta suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3778-2021, CSJ SL 5595-2021).

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 de 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).

Tampoco puede pretenderse, como lo insinúa el apoderado de **COLPENSIONES**, 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 el formulario de afiliación del demandante a **PROTECCIÓN S.A.** (f. 38 Archivo 04 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RMPMD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que, al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles.

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, y si bien se practicó el interrogatorio de parte al demandante (Min. 21:40 a 45:55 Archivo 18 ED), de este no logra extraerse confesión que lo 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 al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, en contravía de lo indicado en el recurso, la antigüedad de la vinculación al RAIS del accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, 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 **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios 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 del actor, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir al 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 esbozado por su apoderado (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, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención del demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse allí, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Así entonces, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

Sin embargo, es menester indicar que, como el presente proceso también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, debe disponerse la indexación de varios emolumentos que la AFP 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.

De igual forma, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se ordenan trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse el numeral tercero de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, 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 nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, 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)

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En lo atinente al segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, advierte la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad, habida consideración que nació el 1 de septiembre de 1957 (f. 62 Archivo 02 ED.), y de otro lado, de acuerdo con la historia laboral vertida en el Archivo 14 ED, a corte el 1º de abril de 1994, el promotor de la acción solo tenía en su haber 251,43 semanas cotizadas, que representan menos de los 15 años (771,42 semanas SL1123-2021) exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho necesario para acceder al beneficio del régimen de transición.

En consonancia con lo anterior, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante lo es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, para el caso de los hombres, que tienen derecho a la pensión de vejez cuando alcancen los 60 años de edad, la que se incrementará a 62 años a partir de 1º de enero de 2014; y que hubieren cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1o. de enero del año 2005 se incrementaron en 50 semanas, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 semanas cada año, hasta llegar a 1.300 semanas a partir del año 2015.

Tenemos entonces que, el señor **ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR**

cumplió los 62 años de edad el 1 de septiembre de 2019, y para esta fecha acumuló 1.542,15 semanas (f. 43 a 50 Archivo 04 ED), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, motivo por el que, como bien lo anotó el Juzgador de primer grado, el demandante tiene causado su derecho a la pensión de vejez.

Sobre la efectividad del derecho, de la relación de aportes vertida a folios 43 a 50 Archivo 04 ED, se observa que en el historial laboral del demandante este aun viene como afiliado activo, esto es, no existe reporte de novedad de retiro, circunstancia a la que se suma que en su interrogatorio aceptó continuar activo laboralmente (Min. 21:40 a 45:55 Archivo 18 ED), acertando el Juez primigenio al concluir entonces que el disfrute del derecho surge a partir de la desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

En ilación con lo antedicho, procedía impartir a la entidad la orden atinente a que se disponga a reconocer y pagar la pensión en favor del accionante, en los términos de la Ley 797 de 2003, liquidada bajo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos (2) ofrecidas por esta disposición para la liquidación del ingreso base (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada, una vez acredite el actor su desvinculación del sistema.

Dicha postura, esto es, la disposición del otorgamiento pensional en las condiciones anotadas ha sido avalada por la Sala de Casación Laboral en el extenso de sus pronunciamientos, y recientemente en la sentencia SL3896-2022.

Ahora, frente a lo argüido por el apoderado de **COLPENSIONES** en torno a que la decisión confutada, además que debió abstenerse de resolver sobre el derecho pensional, debió considerar que el término de cuatro (4) meses resulta insuficiente para los trámites que hay lugar a agotar con miras a cumplir con el reconocimiento pensional, es menester indicar que, a pesar de lo sostenido por el recurrente, al concluirse la falta de eficacia jurídica del traslado del demandante al RAIS, como se dijo, y que, por tanto, debía entenderse que este había permanecido vinculado al RPMPD, en realidad nada obstaba para que, justamente en el curso de este proceso, se estudiara y resolviera la procedencia de la gracia pensional reivindicada en la demanda, concediéndose, siempre que se advierta el cumplimiento de los requisitos para ello, tal como ocurre en el presente asunto, circunstancias que, en efecto, se ajustan, a la postura actual de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que en decisiones en asuntos similares, ha desatado el proceso con el estudio del derecho pensional correspondiente (SL1902-2023, SL1558-2023, SL1291-2023, entre muchas otras).

Luego, en punto de la insuficiencia del tiempo para agotar las gestiones interadministrativas que implica el reconocimiento pensional, debe indicarse que, incluso el Juez en este caso resultó coherente con lo que la legislación prevé al respecto, en la medida que el plazo concedido, precisa la Sala, es otorgado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a la administradora de pensiones para que efectúe el estudio del derecho y proceda a reconocerlo, situación definida en ese sentido por el *A quo*, como quiera que, dentro del litigio se logra esclarecer que, en efecto, el demandante tiene derecho al privilegio pensional, aspecto por el cual, no hay lugar a modificar la decisión en este tópico, aunado a que, memórese, las cuestiones administrativas no son oponibles al cotizante, y en esa medida, no pueden ser blandidas como impedimento para el otorgamiento efectivo de la prestación aquí estudiada.

De otro lado, habrá de mantenerse la indexación del retroactivo resultante, con la finalidad de paliar los efectos devaluativos que sobre la moneda causa el paso del tiempo, como adecuadamente lo dispuso la Juez, con la posibilidad de descontar los aportes con destino al SGSSS (Art. 143 de la Ley 100 de 1993).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia de primer grado en el aspecto descrito. Sin costas en esta instancia, pues a pesar del recurso formulado por **COLPENSIONES**, el proceso se conoció en consulta en favor de esta.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 29 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO CATORCE 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 del señor **ESTEBAN DE JESÚS SALDARRIAGA BOLÍVAR**, sean devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados.
- **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, 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