

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADRIANA TRINIDAD NÚÑEZ NAVARRETE
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-014-2022-00387-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 293

Medellín, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N° 043 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 24 de octubre de 2023, proferida por el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **ADRIANA TRINIDAD NÚÑEZ NAVARRETE** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su afiliación efectuada desde el RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que, consecuencialmente, se ordene su retorno al RPMPD y se actualice su historia laboral.**3)** Seguidamente, solicitó ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual **4)** Por último, peticionó que se condene en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 27 de septiembre de 1965, contando actualmente con un total de 1.267 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones según historia laboral expedida por **PROTECCIÓN S.A.**

Luego, señaló que comenzó a realizar cotizaciones desde 1992 al RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, manifestando que en el año 1995, cuando se encontraba laborando para la empresa ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. (ESIMED S.A.), le solicitaron que se trasladara de régimen pensional y se vinculara a DAVIVIR S.A. (hoy **PROTECCIÓN S.A.**), explicando que fue su empleador quien por medio del área de talento humano, gestionó la firma del formulario de afiliación, indicando que lo único que hizo fue confirmar sus datos personales, careciendo de toda asesoría el acto de vinculación con este fondo pensional.

En esa misma senda, continuó manifestando que con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, se creó una restricción para el traslado de régimen pensional, cuando la persona le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse, regla que no fue dada a conocer por el fondo privado.

Así mismo, indica que, en diciembre de 2005, fecha para la cual se encontraba trabajando para la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., le fue solicitado trasladarse a **PROTECCIÓN S.A.**, gestionando igualmente solo su firma, sin ningún tipo de asesoría sobre dicho traslado, asegurando que posteriormente mientras laboraba para la misma empresa, esta gestionó de la igual manera su traslado al fondo privado ING S.A. (hoy **PROTECCIÓN S.A.**).

En hilo con lo antelado, sostiene que **PROTECCIÓN S.A.** en ningún momento le brindó asesoría sobre las características propias del RAIS, en comparación con el RPMPD, tampoco le indicó la manera como se calculaba la pensión, ni explicó las diferentes modalidades existentes para lograr su gracia pensional, ni mucho menos enseñó las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen pensional.

Finalmente, aduce que mediante radicado N° 2022_14098029 del 29 de septiembre de 2022, solicitó a **COLPENSIONES** el traslado de régimen pensional, petición negada a través de radicado N° BZ2022_14112535-2995599 de la misma fecha (f.3 a 20 Archivo 03 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada, **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *IMPOSIBILIDAD DE DECLARATORIA DE INEFICACIA DE TRASLADO DE FONDO, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO Y DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 15 Archivo 08 ED).

Por último, **PROTECCIÓN S.A.** descorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL 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 APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO.* (...)” (f. 3 a 48 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante sentencia del 18 de julio de 2023, decidió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ADRIANA TRINIDAD NÚÑEZ NAVARRETE, identificada con C.C. 51.791.544 al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado inicialmente por ING Pensiones y Cesantías, hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

PROTECCIÓN S.A., a trasladar con destino a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora NÚÑEZ NAVARRETE incluyendo para el efecto los rendimientos financieros, y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro previsional, garantía de pensión mínima, causadas a partir del 01 de diciembre de 1995.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que afilie con retroactividad a la señora NÚÑEZ NAVARRETE, al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad e incluya en su historia laboral, las semanas de cotizaciones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas.

SEXTO: COSTAS del proceso a cargo de PROTECCION S.A. y a favor de la para demandante, para cuya liquidación se fija la suma de \$1.500.000, a título Agencias en derecho. Se ABSUELVE a COLPENSIONES de la condena en COSTAS (...).

Para arribar a esta decisión el Juzgador, luego de relacionar las pruebas relevantes recaudadas en el proceso precisó que, conforme lo señalado por la Jurisprudencia, *verbigracia*, en la sentencia con radicado 31989 de 2008 y más recientemente la SL 2390 de 2023, estableció que a la luz de lo expuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se dispone el derecho a la libre elección de régimen pensional para las personas, encaminado a que puedan optar por el régimen que mejor beneficie al afiliado, razón por la cual los fondos deben demostrar haber ilustrado al usuario acerca de cada una de las características de los regímenes pensionales, así como los riesgos que correría de acuerdo con su futuro pensional.

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). Además, expresó que el fondo privado debió probar que informó a la actora lo atinente a su situación particular, indicándole incluso como sería la liquidación de su mesada pensional. Para ello, adujo que no puede tenerse como prueba el formulario de afiliación, en tanto el precedente en cita ha indicado que este no es suficiente, además de que las reglas de la experiencia enseñan que la intención de estas entidades de pensiones solo fue la de captar afiliados.

De ahí que, en el presente asunto no se observa que el fondo hubiere cumplido la carga probatoria, por lo que el acto de afiliación de la actora al RAIS devino en ineficaz, procediendo el traslado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, entidad a la que el fondo privado deberá devolver todo lo recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, incluidos los gastos de administración. Más adelante expuso que no procedía la prescripción.

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

Mediante Auto No. 490 del 20 de noviembre de 2023, se corrió a las partes para que alegaran de conclusión; no obstante, 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 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 **ADRIANA TRINIDAD NÚÑEZ NAVARRETE** estuvo afiliada en pensiones al ISS, realizando cotizaciones entre 1992 y 1995 (f. 46 a 50 Archivo 08 ED).
- (ii) Que el 30 de noviembre de 1995 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy Protección); el 24 de octubre de 2005 se vinculó a **PROTECCIÓN S.A.**; para posteriormente suscribir formulario de afiliación a ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy Protección S.A.) el 29 de septiembre de 2009 (f. 56 a 59 Archivo 10 ED).
- (iii) Que el 29 de septiembre de 2022 la actora radicó ante **COLPENSIONES** solicitud para que declarase la nulidad de su afiliación al RAIS; trámite negado por esa entidad en comunicado de la misma calenda (f.22 a 30 Archivo 03 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 pudiese 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, 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 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 se instituye 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, excluyendo 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 que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a **DAVIVIR, ING PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 56 A 59 Archivo 10 ED), así como el certificado SIAFP de **ASOFONDOS** nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúnese 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; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 22:10 a 31:44 Archivo 21 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 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 la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la demandante 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 el accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

En armonía con ello, en respuesta a los señalamientos de las apelantes, 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 2° de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. 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 a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento esbozado por el apoderado de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por la AFP **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 ilación con lo antedicho, 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 del 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. No obstante, en virtud de que el presente proceso se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, habrá de ordenarse la indexación de varios emolumentos que la AFP debe trasladar al fondo público, como quiera que la citada corrección monetaria cobija 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 **PROTECCIÓN S.A.** que los citados rubros los devuelvan 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 ese mismo numeral 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. decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (CSJ SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 24 de octubre 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, y 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 **ADRIANA TRINIDAD NÚÑEZ NAVARRETE**, sean **devueltos 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 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