

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ANA MARIA PERNETT CUARTAS
LITISCONSORTES	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-007-2021-00045-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 302

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 DECISIÓN LABORAL, según consta en Acta N° 042 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **COLPENSIONES**, así mismo como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta, respecto de la Sentencia del 11 de octubre de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **ANA MARIA PERNETT CUARTAS**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia de su traslado al RAIS. **2)** Consecuencialmente, que se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos. **3)** Se condene a **COLPENSIONES** a recibir la totalidad de los aportes y rendimientos provenientes del RAIS., **4)** Finalmente, solicita se condene en costas a las entidades demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, indica la accionante que nació el 28 de marzo de 1968, afiliándose en pensiones al ISS en el año de 1989, hasta el año 1994, calenda para la cual y trabajando para el Banco Industrial Colombiano decidió vincularse con la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, entidad que afirma no cumplió con el deber de información que le asistía, específicamente lo decantado en la circula 01 de 2004.

Finalmente señala que presentó ante **PROTECCIÓN S.A.** solicitud de traslado de régimen pensional, petición a la que no accedió esta entidad, recalcando que también acudió a **COLPENSIONES** el 17 de diciembre de 2020, solicitando se autorizara su regreso a este régimen pensional, dejando agotada así la vía gubernativa (2 a 13 (Archivo 05 ED)).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

COLPENSIONES resistió las pretensiones del gestor, proponiendo como excepción la de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR PENSIÓN DE VEJEZ A FUTURO; INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORÍA DE TRASLADO PENSIONAL; INVERSIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA; ERRÓNEA INTERPRETACIÓN E INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL CÓDIGO CIVIL; AUSENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES DEL DEMANDANTE SEGÚN EL DECRETO 2241 DE 2010 Y EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN; DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN LOS FALLOS DE INEFICACIAS DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL; INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS; BUENA FE DE COLPENSIONES; PRESCRIPCIÓN; COMPENSACIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 1 a 22 Archivo 07 ED).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a lo pedido, tras considerar que la decisión de la demandante de trasladarse de régimen fue válida, exentas de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Propuso las excepciones de mérito 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 ; 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. 8 a 30 Archivo 27 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de Primera Instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia del 11 de octubre de 2023 indicó:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ANA MARÍA PERNETT CUARTAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA MARÍA PERNETT CUARTAS incluyendo las cotizaciones completas y los rendimientos financieros y el valor de los bonos pensionales en los que estarían representadas las cotizaciones al Régimen de Prima Media en caso de haberse ya redimido y a reembolsar el valor de los descuentos que realizó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propios recursos así como los aportes al fondo de solidaridad pensional en caso de que se hubiese realizado. Al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deben aparecer discriminados con valores, detalles de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a validar la afiliación de la demandante y recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído, además de tener en

cuenta el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse íntegramente en su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de imposibilidad de condena en costas propuesta por COLPENSIONES y DECLARAR no probadas las demás propuestas en las contestaciones a la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A en favor de la demandante, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$ **1.160.000**. Sin condena en costas para Colpensiones (...).”.

Para fundamentar su decisión, señaló la Juez de Instancia que el Sistema General de Pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población a las contingencias de invalidez, vejez y muerte a través de los diferentes tipos de prestaciones, coexistiendo dos regímenes, ellos son el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, recalando que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la afiliación a cualquiera de estos dos subsistemas es libre y voluntaria, lo que lleva a concluir que la información brindada debe ser exacta, precisa y suficiente, y en caso de no cumplir con tales requisitos, su consecuencia es la ineficacia de la afiliación.

Acto seguido, hizo alusión al artículo 271 de ese mismo compendio normativo, que señala no solo las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la vinculación efectuada, haciendo alusión al Decreto 663 1993, vigente para la época del traslado, normativa que establecía la obligación de los fondos privados de ofrecer a los usuarios una información clara y objetiva con el fin de que estos eligieran la opción que más se adecuara a sus intereses, criterio decantado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en Sentencia como la SL1688 de 2019, donde expresó que es deber de estas entidades ofrecer una asesoría integral, objetiva y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales existentes, garantizando así a los afiliados un juicio claro sobre las mejores opciones del mercado, recalando lo establecido por el Decreto 656 de 1994, Decreto 720 de 1994 y lo expuesto en sentencias SL 31989 de 2008, SL 12136 de 2014, SL 1452 de 2019 SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2021, SL 1217 de 2021 y SL 5686 de 2022, providencias donde reitera el Alto Tribunal el deber de información que le asiste a este tipo de entidades.

En hilo con lo antelado, sostiene la Juez de Primera Instancia, que la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico respecto a la afiliación desinformada, es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, señalando que esa misma Corporación considera que el libre albedrío exigido por el Sistema de Seguridad Social, no se restringe a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, la cual no se configura con el diligenciamiento de un formulario, pues desde la creación de las AFP existe el deber de asesoramiento y buen consejo, que ha ido variando con el paso del tiempo, reiterando la inversión de la carga de la prueba que se da al interior de estos procesos, explicando que no es suficiente la suscripción del formulario para tener por demostrado dicho supuesto, pues si bien se acredita un consentimiento libre y voluntario, no se puede tomar este como un consentimiento informado.

En concordancia con lo anterior, indicó que con las pruebas practicadas no se lograba demostrar el deber de información por parte de la AFP del RAIS, pues el formulario de afiliación obrante en el plenario no es suficiente para determinar que la decisión de la afiliación hubiese sido libre y voluntaria, o que hubo un consentimiento informado debiendo entonces declararse la ineficacia del traslado y con ello la devolución de los emolumentos existentes en la cuenta de ahorro individual, con sus rendimientos, gastos de administración, primas del seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ordenando la indexación de estos tres últimos valores, declarando no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** apeló la decisión solicitando que, de encontrar procedente la ineficacia del traslado, modifique la decisión en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade el 100% de la cotización efectuada por la demandante, sin descuento de ningún tipo, incluyendo los gastos de administración, cuotas de seguro previsional, esto de maneta indexada y con cargo a su patrimonio, punto en el cual precisó la posición de buena fe de su representada y la inoponibilidad que se erige como un mecanismo protector del principio de seguridad jurídica. Además, indicó que son los jueces quienes deben evaluar la proporcionalidad de la medida que se va adoptar con la ineficacia, a fin de imponer a las AFP que asuman las cargas económicas del traslado, y que los dineros a trasladados del RAIS, los devuelvan conforme un estudio actuarial que determine que con ellos se cubre en su integridad la prestación aseguren la integridad de la prestación, argumentos que refuerza con lo considerado en Sentencias como la SL 81989 -2008, SU-062 de 2010, SU-130 de 2014 y SL4989-2018 y SL1688- 2019, en concordancia con el artículo 48 CN.

Finalmente, adujo que tanto el ISS como su representada han sido respetuosos de la voluntad privada de sus afiliados, movilidad permitida por el ordenamiento, sin que su defendida haya tenido injerencia en la decisión de sus cotizantes. Que, en el evento de no salir adelante sus argumentos, no sea condenada en costas esta demandada.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término otorgado, el apoderado de **COLPENSIONES** manifestó que la confirmación de la sentencia, tras relieves las condiciones del ejercicio del derecho a la libre elección de régimen del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, hecho que, a su juicio fue acreditado en el presente proceso, en la medida que el citado aceptó haber recibido de la AFP la información suficiente para la generación de un grado de confiabilidad que lo llevó a afiliarse a dicho régimen, entre estas, las condiciones básicas de funcionamiento del RAIS. Que, pese a la sólida línea jurisprudencial sobre la temática estudiada, no se observa el incumplimiento del deber de información en el caso de autos.

Luego, refirió que la demandante está inmersa en la prohibición de traslado en razón de su edad, cuestión que, de transgredirse, podría desestabilizar el RPMPD, como quedó expuesto en Sentencia C-1024 de 2004. Así mismo, esbozó que para su defendida eran inoponible la ineficacia en su condición de tercero de buena fe, erigiéndose sobre la AFP la responsabilidad de reparar el daño generado con su actuar, incluidos los que se irradian a terceros, por lo que, de ser el caso, dicha entidad tiene a su cargo el pago de la equivalencia económica entre los aportes que se devuelven del RAIS al RPMPD.

No obstante, si se decide la procedencia ineficacia, solicitó ordenar devolución de la totalidad de la cotización efectuada por la demandante, sin descuento alguno, todo a fin de mantener el equilibrio de la sostenibilidad financiera (Sentencias SU-062 de 2010, SU-130 de 2014, SL4989-2018 y SL1688-2019) (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 **ANA MARÍA PERNETT CUARTAS** estuvo afiliada al ISS, entre 1989 y 1994 (Archivo 07 ED)
- (ii) Que el 20 de mayo de 1994, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **PROTECCIÓN S.A.** (f. 73 Archivo 27 ED).
- (iii) Que el 17 de diciembre de 2020, elevó solicitud de traslado de régimen pensional, para retornar al RPMPD, petición a la que no accedió la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, (f.20 a 25 Archivo 03 ED).
- (iv) Que el mismo 17 de diciembre de 2020 la demandante elevó similar solicitud ante **COLPENSIONES**, petición despachada desfavorablemente a través de oficio del día 18 de esa mensualidad (f.48 a 48 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 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 el Alto Tribunal de cierre en materia 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 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 la AFP **PROTECCIÓN S.A.** (f. 73 Archivo 27 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RMPD 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.

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.

36:04: a 48:28 Archivo 32 ED), de este no logra extraerse confesión que la perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la demandante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría (f74-75 Archivo 27 ED), pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamación en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad-portas* de causar el derecho pensional, que advierte sobre las promesas vanas que le llevaron a aceptar el traslado al RAIS, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que le falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 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 la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. 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 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 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 **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 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 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 de la demandante, junto con las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

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 confirmará la decisión estudiada. Sin costas en esta instancia.

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: CONFIRMAR la Sentencia del 11 de octubre de 2023, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA