



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	EFRAÍN ALBERTO CRUZ CEÑA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-021-2022-00321-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 304

Medellín, primero (01) diciembre 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°040 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **COLFONDOS S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia del 3 de octubre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **MARÍA CAMILO CASTILLO PUENTES**, identificada con T.P. No. 330.044 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLFONDOS S.A.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 03 ED Tribunal.

ANTECEDENTES

El señor **EFRAÍN ALBERTO CRUZ CEÑA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.** con el fin de que: 1) Se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por él, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. 2) Que se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a transferir a **COLPENSIONES** el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos. 3) Finalmente, insta que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de lo deprecado, indica el demandante que nació el 26 de septiembre de 1957; se afilió por primera vez al sistema de pensiones al extinto **INSTITUTO DE SEGUROS**

SOCIALES, hoy **COLPENSIONES**, el 1 de noviembre de 1993 realizando aportes hasta el 30 de octubre de 1996 con un acumulado de 160.2 semanas.

Luego, sostiene que se trasladó el 1 de octubre de 1996 al RAIS, a la AFP **COLFONDOS S.A.**; posteriormente, a partir del 1 de julio de 2003, se vinculó al sistema a través de **PROTECCIÓN S.A.**

Acto seguido, indica que, le fue realizada una proyección de la mesada pensional en ambos regímenes, recalcando que en el RAIS la prestación sería equivalente a **\$1.231.105**, y en el RPMPD ascendería a **\$3.802.057**.

De otro lado, afirma que el 09 de agosto de 2022, presentó ante **COLPENSIONES** formulario de solicitud de traslado; petición despachada desfavorablemente a través de oficio de la misma calenda, con el argumento de encontrarse el peticionario se a diez años o menos de cumplir el requisito de edad para pensionarse.

Finalmente, asegura que, al momento de trasladarse de régimen, las administradoras privadas no le proporcionaron una información clara, veraz y suficiente sobre las diferencias entre ambos regímenes y las implicaciones que, para su expectativa pensional, conllevaría efectuar dicho traslado.

CONTESTACIONES

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó como excepciones de mérito las siguientes: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, IMPOSIBILIDAD DE RETORNAR AL STATU QUO ANTE POR MÚLTIPLES AFECTACIONES AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PETICIÓN ANTES DE TIEMPO, INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO, IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL DERECHO DE AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, FALTA DE INTERES EN SU VIDA PENSIONAL, BUENA FE DE COLPENSIONES, MALA FE/ TEMERIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN- SEGUROS PREVISIONALES- COMISIONES. INDEXADOS, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, PRESCRIPCIÓN Y COMPENSACIÓN (...)*” (f. 3 a 37 Archivo 08 ED).

A su vez, **COLFONDOS** describió el traslado de la demanda, oponiéndose a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de fondo “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO Y COMPENSACIÓN Y PAGO (...)*” (f. 4 a 17 Archivo 09 ED).

Por último, **PROTECCIÓN** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, formulando las siguientes excepciones de mérito: “(...) *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 DECLARA 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 22 Archivo 10 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en *Sentencia del 3 de octubre de 2023*, decidió:

“(...) 1. Declarar la ineficacia del traslado del (de la) demandante EFRAÍN ALBERTO CRUZ CEÑA del RPMPD al RAIS y declarar la afiliación sin solución de continuidad en el RPMPD.

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

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

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

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

Para arribar a esta conclusión, el Juzgador de primera instancia esgrimió como punto de partida, la Jurisprudencia uniforme, pacífica y reiterada, contenida en providencias como la dictada en el proceso Rad. 31989 de 2008, Rad. 46292 de 2014 y SL1452 de 2019, indicando que, conforme lo indicado por la Sala de Casación Laboral, estos trámites no se rigen por el código civil o de comercio, dado que están regulados en el sistema de seguridad social, estudiándose desde principios como el de la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad (Arts. 1 y 3 Ley 100 de 1993).

Continúa explicando que es la AFP la que tiene la carga de la prueba; es a esta a quien le incumbe probar que en efecto brindó la debida asesoría al usuario, en orden a que este adoptase la decisión de vincularse al RAIS (Art. 1604 Código Civil, Art. 167 CGP, Art. 11 Literal B Ley 1328 de 2009), sin que pueda tenerse el formulario de afiliación como prueba idónea para la demostración de la información suministrada, reiterando esta carga probatoria en cabeza de la Administradora de Pensiones del RAIS, dada su responsabilidad profesional como gestora del sistema pensional. (SL5686-2021).

Rememora que las AFP deben brindar a los asegurados una información completa, clara, precisa y veraz, exponiéndoles las bondades, pero especialmente, las desventajas de los regímenes pensionales, con las consecuencias del traslado, a afectos de no ver afectadas sus prerrogativas prestacionales, presupuestos que no ve satisfechos en el particular.

Sin embargo, consideró que más allá de lo argüido en la demanda, en la que observa que la proposición contenida en esta se basa más en la diferencia económica de la eventual mesada pensional, que en una falta al deber de información, es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, por virtud de lo establecido en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que remite a la aplicación de los principios del artículo 53 CN, ante la evidencia palpable de la diferencia entre mesadas de los regímenes pensionales (RPMPD y RAIS), de la que se desprende la afectación al derecho a la seguridad social.

En consecuencia, concluyó la procedencia de declarar la ineficacia del traslado solicitada, debiendo la AFP devolver todo lo recibido con ocasión de la afiliación del actor, incluido lo correspondiente a gastos de administración, primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima; limitando la devolución de estos últimos tres (3) conceptos, solo a cargo de **COLFONDOS S.A.**, con quien se dio el traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que al momento de su traslado, el demandante era una persona capaz, que tenía un conocimiento que lo llevó a tomar una decisión libre, voluntaria e informada para vincularse a esta entidad; añadiendo que, de hecho, en el 2004 las AFP realizaron una publicación, en la cual informaban a los afiliados que podían trasladarse de régimen si así lo quisieran; resaltando igualmente, que el demandante se halla inmerso en la restricción contemplada en el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de diez años de cumplir la edad pensional.

Recalcó que en el caso en particular no quedó demostrado alguno de los eventos previstos en el artículo 1.741 del código civil, en orden a declarar la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico de traslado, gozando así de plena validez. Seguidamente, aclaró que al actor le asistía el deber de informarse sobre los servicios que deseaba contratar, así como la obligación de indagar sobre las características, condiciones y restricciones al trasladarse de régimen; afirma que su representada siempre garantizó de manera completa el derecho de información al reclamante, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, situación corroborada con la suscripción de formulario de afiliación, documento que se presume autentico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, refirió que esta AFP también garantizó el derecho de retracto, en los términos del Decreto 1161 de 1994.

Reiteró que su defendida cumplió con la carga probatoria que tenía, en la medida que aportó todos los documentos que se hallaban en su poder, a fin de demostrar la afiliación libre e informada del actor, los que dan cuenta de la intención de la parte actora de pertenecer al RAIS; resaltó, que no es viable jurídicamente imponer cargas no establecidas por el ordenamiento jurídico vigente para la época del acto de afiliación.

Que ante el evento de mantenerse la ineficacia declarada, no se debe pasar por alto lo indicado en el artículo 13 en su literal D de la Ley 100 de 1993, que menciona cuales son los dineros que deben ser trasladados al momento de efectuar el cambio de régimen; enfatizando que no habría lugar a devolver sumas diferentes a las allí indicadas, porque ello constituiría un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y en contra de su representada, planteamiento que encuentra sustento en Concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020; agregando además, que debe darse aplicación a la figura de la prescripción.

Por último, indicó que, respecto de la indexación ordenada, la considera improcedente respecto de lo mencionado en la Sentencia C-161 de 2010, dado que resulta incompatible con los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** señaló que, en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

De otra parte, que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de

Trabajo. Si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto.

Luego, realizó un análisis sobre el derecho al retracto, libre escogencia, el deber de realizar un análisis crítico y en conjunto de las pruebas, la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, haciendo una reseña normativa sobre los rendimientos financieros, cuotas de administración, primas de seguros y la indexación de las condenas (Archivo 03 ED).

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES**, solicitó que se ordenen la devolución de la totalidad de los rubros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, esto, en razón a que, se debe tener en cuenta que el RAIS y el RPM tienen diferente forma de distribución del aporte, por lo cual, mientras la demandante se encontraba en el Fondo Privado no ayudo a financiar las pensiones, y su representada no cobro gastos de administración, yendo en detrimento patrimonial, citando el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, que a su vez incremento el valor del aporte mediante decreto 4981 de 2007 al 16% para aporte a pensiones.

Luego, sostuvo que aceptar el traslado del accionante si impacta en el sistema financiero toda vez que la distribución es distinta teniendo en cuenta las características del mismo, ya que en el RPM se utiliza para financiar pensiones, sin mirar los riesgos que existen en el RAIS, por lo cual mi representada daría la utilización del aporte conforme le conviene al régimen (Archivo 04 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante 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 el señor **EFRAÍN ALBERTO CRUZ CEÑA** estuvo afiliado en pensiones al ISS, realizando aportes a esta entidad entre 1993 y 1996 (f. 39 a 44 Archivo 08 ED).
- (ii) Que el 30 de septiembre de 1996 el demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.**, fondo del que migró el 20 de junio de 2003 con destino a **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 31 a 49 y 72 a 73 Archivo 10 ED).
- (iii) Que el 9 de agosto de 2022 el actor solicitó a **COLPENSIONES** que autorizara su traslado de régimen, petición negada por esa entidad en comunicado de la misma fecha (f. 52 Archivo 02 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias: el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron encargadas, entre otras cosas, de atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones.

En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ SL 3719-2021).

En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL 1442-2021, CSJ SL40161-2021 que rememoran la CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la **información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen**, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*».(Negrilla fuera de texto).

Como se desprende de lo expuesto, desde su génesis las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado una información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL 1688-2019).

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado o afiliación al régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. En ese orden, el ofrecimiento de un régimen no implicaba simplemente el hecho de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le 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 el Máximo Tribunal de Casación Laboral que, solo la firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues únicamente es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearba al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

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

De ahí que, contrario a lo sostenido por la apoderada de **COLFONDOS S.A.**, 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 del demandante a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, así como el certificado SIAFP - Asofondos que muestra la vinculación del actor a **COLFONDOS S.A.** (f. 31 y 72 a 73 Archivo 10 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada acerca de las consecuencias que le acarrearía al actor el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que habría de liquidarse la pensión de vejez en uno y otro, los factores que inciden en la prestación, y demás aspectos relevantes distintivos de cada régimen; 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. 00:31 a 09:30 Archivo 20 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 del afiliado.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, 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 **COLFONDOS S.A.**, entidad con la cual se materializó el traslado de régimen del demandante, 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, conclusión que encuentra respaldo en sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

En la misma senda, habida cuenta que la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, la afectación del acto jurídico primigenio transmite la falencia a los negocios jurídicos subyacentes, esto es, a los cambios efectuados a los diversos fondos privados, ello por cuanto el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al *statu quo*, lo que representa que la situación se retrotrae al estado en que se hallaría de no haberse presentado el cambio de sistema pensional (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad, 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. (CSJ SL2877-2022)

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia que, toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** con cargo a su propio patrimonio, respecto de los periodos de vinculación que acredita el accionante con cada una de estas entidades, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019, ratificadas en sentencias CSJ SL5595-2021, CSJ SL3047-2021, CSJ SL4608-2021, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2369-2022).

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, pues, pese a lo argüido en la alzada, 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).

Arguye la apoderado de **COLFONDOS S.A.** en su alzada, que la **indexación** de los valores atinentes a *gastos de administración, porcentajes destinados a cancelar las primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima* es incompatible con la devolución de los **rendimientos**, pues en su sentir comporta una doble erogación; aspecto que en contravía de lo argüido por la recurrente, no resulta discordante, como quiera que la citada corrección monetaria se dispone en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Especializada Laboral (Sentencia SL2611-2020).

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

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

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, dado que la sentencia de primer grado también se revisa en sede de consulta en favor de **COLPENSIONES**, se recuerda que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por lo que habrá de adicionarse el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade igualmente a **COLPENSIONES** lo descontado por *gastos de administración y primas de seguro provisional*, así como lo correspondiente al *fondo de garantía de pensión mínima rubros que deben ser reintegrados de manera indexada*, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

Así mismo, debe adicionarse el numeral tercero, ordenando a **COLFONDOS S.A.** que traslade igualmente lo descontado para el *fondo de garantía de pensión mínima*, que también debe ser reintegrado de manera indexada.

De igual forma, y para mayor claridad de los recursos que se están trasladando al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se dispondrá que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del 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 publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos y se confirmará en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la Sentencia del 3 de octubre de 2023, proferida por el **JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de lo recaudado para gastos de administración y primas de seguros previsionales descontados durante la afiliación del señor **EFRAÍN ALBERTO CRUZ CEÑA**, conceptos que, al igual que lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser devueltos de manera indexada.

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

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

TERCERO: ORDENAR a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

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

QUINTO: Las **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA