

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	OLGA LUCIA URIBE ORJUELA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-010-2022-00386-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISION	CONFIRMA

SENTENCIA No. 297

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° 044 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 07 de noviembre de 2023, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **OLGA LUCIA URIBE ORJUELA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, disponiéndose su retorno al primero. **2)** Que consecuentemente, se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos **3)** Así mismo, que se ordene a **COLPENSIONES**, recibir los dineros que se ordene devolver **4)** Igualmente solicitó se reconozca por parte de COLPENSIONES la pensión de vejez. **5)** Por último, deprecó condenar en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que nació el 11 de enero de 1968, aduciendo que durante toda su vida ha prestado los servicios a empresas del sector privado, aproximadamente desde el año de 1991, anualidad durante la cual se afilió en pensiones al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy **COLPENSIONES**.

Luego, indica que la contactó una asesora comercial de **PROTECCIÓN S.A.**, a fin de convencerla de realizar el traslado de su fondo de pensiones, quien expresa le brindó una deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de su concreta situación pensional; sin explicarle que al cambiarse de régimen pensional perdería las prebendas y forma de liquidar la pensión que tenía en el extinto ISS, sin informarle en detalle

la forma como el RAIS liquida las pensiones y las modalidades de pensión que allí se ofrecen, y con la engañosa intención de hacerle creer que en el Fondo de pensiones privado se podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, más rápido, sin tener en cuenta la edad, con una mesada pensional más alta, pero sin efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de una u otra opción.

Así mismo, afirma que tampoco se le explicó por parte de **PROTECCIÓN S.A.** que necesitaba una suma de capital de ahorro mínimo para poder acceder a su pensión, no se le indicó que si ese ahorro individual en su cuenta personal no le alcanzaba para la fórmula matemática y financiera, debía aspirar a una pensión mínima completada por el Estado pero que debía esperar a cumplir al menos 57 años o hasta más según su caso particular, manifestando que la entidad privada la engañó al omitir las anteriores explicaciones, precisiones e informaciones, siendo su obligación legal, hacerlo, por lo que la indujo en error y por tanto vició su consentimiento, asegurando que tampoco le fue brindada una reasesoria pensional como era su deber.

Finalmente, sostiene que el día 6 de mayo de 2022 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES deprecando la ineficacia de su traslado a **PROTECCIÓN S.A.** por existir vicios en el consentimiento, y autorizar la devolución y su permanencia en el RPMPD sin solución de continuidad, solicitando a **PROTECCIÓN S.A.** la devolución de los aportes cotizados por la accionante con sus respectivos rendimientos financieros, y el reconocimiento de la pensión de vejez teniendo en cuenta el Régimen General de Pensiones, con la totalidad de semanas cotizadas, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, misma que a la fecha de presentación de esta acción no se ha respondido (f.1 a 44 Archivo 02 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, AUSENCIA DE PRUEBA DE ENGAÑO, EQUIVOCADA INFORMACION Y PERJUICIO PADECIDO, INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CARGA PROBATORIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES – ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA ADICIONADO POR EL ARTICULO 01 DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DEL 2005, BUENA FE, PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACION AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, COMPENSACIÓN Y PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS (...)*” (f. 3 a 29 Archivo 06 ED).

A su turno **PROTECCIÓN S.A.** propuso como medios exceptivos los siguientes: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, 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.3 a 40 Archivo 09 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia del 07 de noviembre de 2023, dispuso:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el cambio de sistema pensional que efectuó

OLGA LUCÍA URIBE ORJUELA identificada con C.C. 42.895.980, al afiliarse al RAIS proveniente del RPM; en consecuencia, **DECLARAR** que aquella ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con los frutos e intereses incluyendo los rendimientos financieros del capital, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A., los valores aludidos, e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema general de seguridad social en pensiones que lleguen a causarse.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A., se fijan como agencias en derecho en favor del demandante un SMLMV de 2023. (...)”.

Para arribar a esta decisión, el Juez de primer grado consideró que para resolver el asunto debía acudir a lo presupuestado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, los artículos 164 y 167 CGP y el artículo 1604 Código Civil, así como al precedente Jurisprudencial sobre la temática, iniciada desde 2008 y consolidada en providencias recientes como la SL3465-2022, SL932-2023, SL1084-2023 y SL2105-2023, presupuestos que advierten que los traslados del RPMPD al RAIS deben realizarse de manera libre e informada, analizando las circunstancias particulares, a efectos de verificar si ello es conveniente o no, al punto de llegar a desanimar al ciudadano que aspira al cambio de régimen pensional, con el detalle de los requisitos de las prestaciones en el sistema privado, y sus diferencias con el RPMPD. Dicha obligación, explicó, surgió con la misma Ley 100 de 1993, y debe agotarse al momento el traslado, so pena de tener como ineficaz el acto del traslado, conclusión que no está sometida a prescripción.

En ese sentido, refirió que lo anterior implica retrotraer las cosas al estado original, como si el cambio no hubiese existido, imponiéndose restituciones como los aportes y los rendimientos, al igual que conceptos descontados como cuotas de administración, las primas de la aseguradora y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a fin de que COLPENSIONES posea los recursos para solventar las prestaciones a que haya lugar. Esta circunstancia, anotó, cobija igualmente a los fondos de índole privado en los que estuvo anteriormente, en tanto deben devolver indexados los descuentos realizados durante la afiliación de la persona, sin que pueda compensar la indexación con los rendimientos generados, ya que solo de esa manera se logra el traslado completo del capital pensional y la sostenibilidad del sistema pensional.

Así mismo, expresó que la carga de probar estas circunstancias corre por cuenta de la AFP, aunado a que las demandas en estos procesos contienen negaciones indefinidas que, al tenor de la norma procesal, trasladan la carga demostrativa.

En ese sentido anotó que, la obligación en comento no logra acreditarse con el formulario de afiliación, como quiera que estos no contienen la voluntad informada, añadiendo que no tiene cabida la teoría de los actos de relacionamiento. A esta altura, recordó la obligatoriedad de acatar el precedente jurisprudencial, y las posibilidades para apartarse de este, que no se daban en el particular.

Con base en todo lo expuesto, explicó que en el *sub-júdice* no se aportaron elementos de convicción que permitieran verificar el cumplimiento del deber de información en cabeza de la AFP, debiendo declararse la ineficacia del traslado con las consecuencias económicas anotadas.

En cuanto a la pretensión pensional, argumentó el Juzgador que no era posible emitir pronunciamiento sobre un derecho en construcción, por cuanto, de las pruebas allegadas extraía que para noviembre de 2022 la actora tenía 1289,14 semanas, desconociéndose si continuó efectuando aportes con posterioridad, aunado a que cuenta con 55 años de edad, no completando así las exigencias de cara a la pensión solicitada.

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

El apoderado de **COLPENSIONES**, indica que debe revocarse la decisión, como quiera que la señora **OLGA LUCIA URIBE ORJUELA** debe asumir las consecuencias jurídicas del acto de afiliación, debiendo permanecer en el que ahora es la entidad a la que cotiza para su vejez y finalmente, sea esta última la que la pensione.

Ahora bien, expresa que, de **CONFIRMARSE** la ineficacia del traslado, decretada por el *Ad quo* implica que los fondos de pensiones privados deban regresar la totalidad de los aportes sin ningún descuento, tal como lo señala la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4360- 2019.

Finalmente, sostiene que no hay lugar a proferir a condenar en costas, pues la entidad ha obrado de buena fe, y actúa según lo ordena la característica filosófica de sus funciones, sin que pueda ejecutar hechos prohibidos por las leyes y menos violar sus propios reglamentos razón por la cual no debería estar llamada a pagar este tipo de emolumentos (Archivo 03 ED)

PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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 **OLGA LUCIA URIBE ORJUELA** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entidad a la que realizó aportes entre 1991 y 1996 (f. 58 a 63 Archivo 06 ED).

- (ii) Que el 24 de mayo de 1996 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la AFP COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 48 Archivo 09 ED).
- (iii) Que el 06 de mayo de 2022 la actora solicitó a **COLPENSIONES** decretar la nulidad de su traslado al RAIS, petición a la que no accedió esta entidad en oficio de la misma fecha (f. 64-65 y 68 a 72 Archivo 06 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 la AFP COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 48 Archivo 09 ED), nada se logra extraer 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte a la demandante (Min. 49:48 a 1:00:33 Archivo 16 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 esta 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, 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 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 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 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 **PROTECCIÓN S.A.** pues pese a lo señalado 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).

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 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 (CSJ SL2877-2020).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la decisión consultada. 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: CONFIRMAR la Sentencia del 07 de noviembre de 2023, proferida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por haberse conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA