

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, UGPP y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-020-2022-00023-01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 280

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°039 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 11 de septiembre de 2023, proferida por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES-UGPP** con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS. **2)** Que se declare que pertenece al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**. **3)** Así mismo, petitionó ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, y a esta última, que los reciba. **4)** Por último, que se condene en costas y agencias a las partes demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que nació el 23 de febrero de 1969, que se afilió en 1993 al RPMPD que administraba **CAJANAL** (hoy **UGPP**); indica que al vincularse con el empleador *Salud Colmena*, el fondo de pensiones Colmena la afilió sin ningún tipo de asesoría, traslado que se hizo efectivo en agosto de 1995, cuando ya contaba con más de 40 semanas cotizadas al RPMPD.

Manifiesta que al percatarse de las condiciones que tendría su pensión con el fondo **COLMENA** (hoy **PROTECCIÓN S.A.**), solicitó su traslado a **COLPENSIONES**, además de la entrega de documentos como la historial laboral, y evidencia de las asesorías brindadas por la AFP, petición negada arguyendo que la demandante firmó el formulario de afiliación de

manera voluntaria.

Señala que, de haber permanecido en el RPMPD, hubiera logrado una pensión muy superior a la que le ofrece **PROTECCIÓN S.A.** que sería del salario mínimo, valor que asegura la demandante, le pondría en una situación socioeconómica muy grave. Finalmente, sostiene que el 22 de octubre del año 2021 agotó la reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** (f. 2 a 10 Archivo 2 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –UGPP-**, manifestó su oposición a las pretensiones, proponiendo las siguientes excepciones: “(...) *FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PRESCRIPCIÓN* (...)” (f. 2 a 9 Archivo 09 ED).

A su vez, **COLPENSIONES** manifestó que no había lugar a conceder las pretensiones presentadas por la parte demandante, y propuso la excepciones de mérito que denominó: “(...) *CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA – PARTICULARIDADES DEL CASO, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, IMPROCEDENCIA PARA DECRETAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN O INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, SEGUROS PREVISIONALES, RENDIMIENTOS Y AHORROS VOLUNTARIOS DEBIDAMENTE INDEXADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS Y COMPENSACIÓN* (...)” (f. 2 a 28 Archivo 10 ED).

Por último, **PROTECCIÓN S.A.** después de oponerse a las pretensiones, solicitó que se declaren probados los exceptivos de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA E 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.* (...)” (f. 3 a 21 Archivo 12 ED)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia del 11 de septiembre de 2023, dispuso

“(…) **PRIMERO:** *DECLARAR INEFICAZ EL TRASLADO QUE REALIZÓ LA SRA. ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO IDENTIFICADA CON CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 43.729.988, DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS), EN CONSECUENCIA, GENERAR EL REGRESO AUTOMÁTICO Y SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM), ACTUALMENTE A CARGO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

SEGUNDO: *CONDENAR AL FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA HOY, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE, DENTRO DE LOS TREINTA (30) DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DE LA*

PRESENTE PROVIDENCIA, TRASLADÉ CON DESTINO A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, EL CIENTO POR CIENTO (100%) DE LOS APORTES EFECTUADOS POR LA SRA. ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO, Y CUALQUIER OTRO VALOR QUE SE ENCUENTRE EN SU CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, INCLUIDOS LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS QUE SOBRE LOS MISMOS SE HUBIEREN CAUSADO, ASÍ COMO LOS BONOS PENSIONALES QUE ALLÍ ESTÉN INCORPORADOS; ASUMIENDO CON CARGO A SU PROPIO PATRIMONIO LOS CONCEPTOS DE COMISIONES DE ADMINISTRACIÓN, EL VALOR DE LA PRIMA MENSUAL DEDUCIDA PARA PAGAR EL SEGURO PROVISIONAL Y LO DESCONTADO PARA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, QUE HUBIERAN SIDO DEDUCIDOS DESDE LA FECHA DE AFILIACIÓN AL FONDO PRIVADO Y HASTA LA FECHA EN QUE SE HAGA EFECTIVO EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, DE CONFORMIDAD CON LO INDICADO EN LA PARTE CONSIDERATIVA DE LA PRESENTE PROVIDENCIA.

TERCERO: *ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES A RECIBIR LOS APORTES QUE EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. LE REINTEGRE, COMO RESULTADO DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DECRETADA Y, A TENER EN CUENTA EL TIEMPO COTIZADO EN EL RAIS COMO EL TIEMPO COTIZADO EN EL RPM, POR LO QUE DEBERÁ REFLEJARSE EN SU HISTORIA LABORAL.*

CUARTO: *A CARGO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES ESTARÁ EL ESTUDIO DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA A FAVOR DE LA ACTORA.*

QUINTO: *ABSOLVER A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGGP DE TODAS Y CADA UNA DE LAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA POR PARTE DE LA DEMANDANTE.*

SEXTO: *DECLARAR NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS CODEMANDADAS, SALVO LA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PROPUESTA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGGP Y, LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, FORMULADA POR LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, A QUIEN NO SE LE IMPONDRÁ COSTAS.*

SÉPTIMO: *CONDENAR EN COSTAS AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; LAS AGENCIAS EN DERECHO SE FIJAN EN LA SUMA DE UN (1) SMLMV A CARGO DEL FONDO PENSIONAL Y, A FAVOR DEL DEMANDANTE. (...)*”.

Para arribar a esta decisión, el Juzgador comenzó por recordar que a partir de la Ley 100 de 1993 se crearon dos (2) sistemas pensionales coexistentes pero incompatibles al tiempo, el RPMPD y el RAIS, frente a los cuales, de acuerdo con sus condiciones particulares, la decisión de un afiliado de vincularse a alguno de estos regímenes, había de estar antecedida de toda la claridad en cuanto a las consecuencias del traslado de régimen pensional, esto por tratarse de un tema de alta complejidad, que comprende asuntos de índole jurídico, económico y financiero.

Resaltó en esta temática que, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha considerado que la información que debe brindarse por la AFP al afiliado debe ser suficiente e idónea, detallando las ventajas y desventajas de trasladarse, so pena de tornar ineficaz dicho tránsito, siendo entonces la consecuencia de ello la ineficacia de la

afiliación, garantizándose el derecho a la persona, de retornar al RPMPD, reglas reiteradas por la Jurisprudencia en Sentencia SL17595-2017.

En ese sentido, explicó que las obligaciones en cabeza del fondo privado, se desprenden del contenido del Decreto 663 de 1993, en procura precisamente de que los consumidores financieros tengan los elementos necesarios para hacer un juicio razonable, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994. También anotó que tales deberes están presupuestados en el ordenamiento desde la creación de estas administradoras (SL2611-2020 y SL4803-2021).

A partir de lo anterior, consideró que en el particular no había prueba con la cual se acreditara que COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** hubiese cumplido con el deber informativo a su cargo al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, siendo viable declarar la ineficacia solicitada, debiendo ordenarse su reingreso al RPMPD, actualmente administrado por **COLPENSIONES**, con la consecuencia para la AFP de trasladar a **COLPENSIONES** lo aportado por la actora, sumas adicionales, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, rendimientos y garantía de pensión mínima, recursos que serán recibidos por la segunda, e igualmente admitirá la afiliación de la accionante, sin solución de continuidad.

Por último, consideró que no se configuraba la prescripción en esta clase de acciones, dada la naturaleza del derecho a la seguridad social y la imposibilidad de convalidación del acto ineficaz. Así mismo, expresó que no había lugar a endilgar responsabilidad a la **UGPP**, toda vez que no tuvo incidencia de ningún tipo en la decisión de traslado de la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que no se interpuso recurso en contra de la sentencia de primera instancia, el presente asunto se estudiará en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** conforme lo estipula el artículo 69 CPTSS

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la **UGPP**, solicitó confirmar la decisión de Primera Instancia, argumentando que no es la entidad legitimada para reconocer las pretensiones deprecadas con la demanda (Archivo 03 ED).

Por su parte el togado de COLPENSIONES, manifiesta que debe revocarse la decisión de Primer Grado, advirtiendo que de accederse a lo pretendido se afectaría la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este representa

Así las cosas, el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de una posible pensión de vejez de la demandante.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería, señaló que era prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Finalmente y en atención a lo anteriormente expuesto indica que de conceder las pretensiones de la demandante, debe tenerse en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre el demandante y

la AFP PRIVADA, solicitando no haya condena alguna para la entidad que representa, como también se ordene a PORVENIR SA a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho (Archivo 04 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCION 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 la administradora llamada 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 **ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO** estuvo afiliada en pensiones inicialmente a través de **CAJANAL**, (f. 26 a 28 Archivo 02 ED).
- (ii) Que el 01 de agosto de 1995 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, (f. 30-31 Archivo 12 ED).
- (iii) Que el 20 de diciembre de 2021 la demandante solicitó ante **PROTECCIÓN S.A.** la declaratoria de la nulidad de su afiliación, petición a la que no accedió la entidad en comunicado del 11 de enero de 2022 (f.34 a 41 Archivo 02 ED).
- (iv) Así misma obra prueba en el expediente que presentó la reclamación administrativa ante la **COLPENSIONES** y la **UGPP**, entidades que dieron respuesta negativa en oficios del 22 de octubre y 10 de noviembre de 2021 respectivamente (f.44 a 50 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 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 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 acarrea 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 hoy **PROTECCIÓN S.A.** (f. 30 Archivo 12 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 tomara 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. 18:46 a 37:28 Archivo 23 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 del afiliado.

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 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).

Valga aclarar que la demandante no estuvo afiliada al ISS antes de su afiliación al RAIS, pues de hecho, se observa que su vinculación se registraba ante CAJANAL (f. 26 a 28 Archivo 02 ED), en su calidad de servidora pública con la Fiscalía General de la Nación-Seccional Antioquia, razón por la cual, al restituirse el *statu quo*, gracias al efecto de la ineficacia, implica que deba ser restituida al único ente que a la fecha administra el régimen de prima media con prestación definida, a saber, **COLPENSIONES**, quien asumió tal responsabilidad de acuerdo con Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, términos en los que justamente lo ha concluido la Jurisprudencia, *verbigracia*, en Sentencias SL2932-2022 y SL3891-2022.

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 RMPMD, 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.** 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 respuesta a la demanda, 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 de la demandante, junto con las consecuencias económicas impuestas a cada una de las demandadas.

Sin embargo, es menester indicar que debe disponerse la indexación de varios emolumentos que las AFP deben trasladar a COLPENSIONES, como quiera que la citada corrección monetaria cobija los recursos a reintegrar por concepto de gastos de administración, los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional, ello en aras de superar el deterioro del dinero con el paso del tiempo (Sentencia SL2611-2020), razón por la cual habrá de adicionarse el numeral segundo de la sentencia de primer grado, a fin de ordenarle a **PROTECCIÓN S.A.** que los citados rubros los devuelvan debidamente indexados.

De igual forma, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se ordenan trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, habrá de adicionarse ese mismo numeral segundo de la sentencia estudiada, a efectos de ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, 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 confirmará la decisión estudiada. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 11 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que, lo correspondiente a gastos de administración, y los porcentajes destinados en su momento al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional descontados durante el tiempo de afiliación del señor **ISABEL CRISTINA JARAMILLO ARANGO**, sean devueltos debidamente indexados.
- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los identifique, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia consultada.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA