

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BEATRIZ ELENA VELEZ TORO
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00033-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia del Traslado de Régimen
DECISION	ADICIONA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.001

Medellín, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°001 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES** respecto de la sentencia N° 304 del 30 de agosto de 2022, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora **BEATRIZ ELENA VELEZ TORO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS, teniéndose que siempre estuvo válidamente afiliada al primero. 2) Que consecuencialmente, se condene a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los aportes efectuados al RAIS. 3) Seguidamente, peticionó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes de la AFP y reactive su afiliación al RPMPD.

Como sustento a sus pedimentos, manifestó que nació el 16 de agosto de 1961, afiliándose en pensiones al ISS desde 1981, entidad en la que permaneció hasta 2005, año en el que decidió trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, movimiento que señaló haber aceptado como consecuencia del ejercicio comercial desplegado por esta entidad, siendo abordada por uno de sus asesores comerciales en su sitio de trabajo, quien le brindó una información incompleta, deficiente y engañosa, como quiera que no se le dijo nada acerca de los beneficios que tendría de permanecer en el RPMPD, al igual que tampoco recibió un estudio particular de su situación, ya que su decisión estuvo sustentada en las manifestaciones del agente comercial que le insinuó mayor conveniencia al afiliarse al fondo privado.

Que solicitó a la AFP la realización de proyección pensional, misma que fue atendida por

la entidad en octubre de 2019, estudio en el que le fue informado que a la edad de 58 años tendría derecho a la devolución de saldos, y a los 60 años posiblemente podría acceder a la garantía de pensión mínima. No obstante, en otra misiva, la misma AFP le informó que en el RPMPD, hubiere podido obtener una pensión en la suma de \$1.437.396, esto es, muy superior al salario mínimo ofrecido por **PROTECCIÓN S.A.**

Que inició ante **COLPENSIONES** los trámites para trasladarse al RPMPD, pero le fue negado por estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión (f. 1 a 9 Archivo 02 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES; RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE y PRESCRIPCIÓN* (...)” (Archivo 12 ED).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluida la demandante, han sido vinculados de forma libre y voluntaria. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; BUENA FE, PRESCRIPCIÓN; FALTA DE JURAMENTO ESTIMATORIO DE PERJUICIOS COMO REQUISITO PROCESAL; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; PRESCRIPCIÓN e 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* (...)” (Archivo 15 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante Sentencia N° 304 del 30 de agosto de 2022, decidió:

“(...) **PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ** la afiliación de **BEATRIZ ELENA VELEZ TORO** realizada a **PROTECCIÓN** el 19 de agosto del año 2005, por lo expuesto en la parte considerativa. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**SEGUNDO: Se ORDENA a PROTECCIÓN**, trasladar a la demandante al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES**.

**TERCERO: Se ORDENA a PROTECCIÓN S.A.**, devolver al régimen de prima media todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones de forma completa, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener gastos de administración ni aportes de solidaridad, ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir efecto jurídico alguno dicho traslado.

Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

**CUARTO: Se ORDENA a COLPENSIONES**, reactivar la afiliación de la demandante, y recibir todos los dineros que sean trasladados por **PROTECCIÓN S.A.**

Se autoriza a **COLPENSIONES**, realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma que no le genere perjuicio recibir a la demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.

(...)

**SEXTO: CONDENAR** en costas a **PROTECCIÓN S.A.**, Se fijan como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000.00),. Se ordena que por secretaría se liquiden las mismas, de conformidad con lo establecido en el Artículo 366 del Código General del Proceso (...).”.

Como sustento de su decisión sostuvo el *A quo* que del acervo probatorio arrojado no logra establecerse el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la demandante y su consecuente afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, como quiera que no se vislumbra que a la actora se le hubiere brindado la asesoría que aparea la norma en este sentido.

Adveró que no hay confesión alguna en el interrogatorio de parte que así lo demuestre, sin que se cuente con otra prueba indicativa del cumplimiento del deber de información, señalando que es la misma Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que ha indicado que es deber del fondo pensional probar que cumplió a cabalidad con sus obligaciones.

En consecuencia, manifestó que, los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado ya son bien conocidos en este tipo de procesos, debiendo la AFP realizar la devolución al fondo público de las cotizaciones completas de la afiliada, junto con los rendimientos y gastos de administración, calculándose incluso la equivalencia entre lo que debió cotizarse en el RPMPD y el RAIS, estos últimos con cargo a sus propios recursos.

### RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, tras considerar que su representada cumplió con el deber de información al momento de realizar el traslado de régimen de la actora, otorgándole una asesoría clara y completa, con la explicación de las consecuencias positivas y negativas del acto en ejecución, como lo muestra la documental aportada, de la cual se desprende un comparativo de mesadas en ambos regímenes para la edad de 58 años. Que la obligación de la entidad lo es ilustrar al potencial afiliado sobre las consecuencias positivas y negativas de su traslado, lo que cumplió su prohijada, pero la escogencia sí recae en cabeza de este, argumentos que reforzó con lo considerado en Sentencia SL812-2022.

Que en el evento de confirmarse la ineficacia, se revoque lo dispuesto en el numeral cuarto relativo a autorizar a **COLPENSIONES** para que realice un cálculo de equivalencia, condición que no es viable en la medida que desconoce los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual a raíz de la correcta administración de la AFP.

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

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En su oportunidad, la mandataria de la **DEMANDANTE** insistió en la ineficacia del traslado indicada desde la demanda, ello por virtud de lo establecido en los artículos 272 de la Ley 100 de 1993 y 53 CN, lo que hace que la afiliación de su representada al RAIS no se valida y mucho menos existente. Frente a ello, reiteró lo atinente al incumplimiento del deber de información por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 04 ED Tribunal).

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** expuso que debe tenerse en cuenta lo relacionado con el principio de sostenibilidad financiera (Art. 48 y Acto Legislativo 01 de 2005), el cual se ve afectado con decisiones como la asumida en primera instancia, argumentos reforzados con base en lo señalado por la Sentencia T-489 de 2010, añadiendo que dicho principio representa una garantía al derecho fundamental a la pensión de los colombianos. Más adelante, precisó la obligación de evaluar el marco normativo en materia de afiliación al sistema de

pensiones, vigente para la época del traslado del actor, en la medida que no puede imponerse el cumplimiento de requisitos no previstos en el ordenamiento.

No obstante, advera que, si se decide mantener la ineficacia, se ordene a las AFP la devolución de todo lo cotizado por la accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses, seguros previsionales y cualquier otro concepto, con la indexación impuesta (Archivo 03 ED Tribunal).

### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, 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 los planteamientos, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **BEATRIZ ELENA VELEZ TORO** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando cotizaciones entre 1981 y 2005 (f. 24 a 30 Archivo 03 ED).
- (ii) Que el 19 de agosto de 2005 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 9 y 14 Archivo 16 ED).
- (iii) Que el 22 de noviembre de 2011 la actora radicó ante **COLPENSIONES** formulario de afiliación, petición negada por esa entidad en comunicado de la misma fecha (f. 31 a 32 Archivo 03 ED).

### DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe, por la transcendencia que comporta la decisión de traslado de régimen pensional, dada su repercusión en la consolidación y acceso al posterior derecho pensional, de carácter fundamental. De ese modo, no se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que les pudiere traer en el futuro pensional. (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

Como lo ha ilustrado el Alto Tribunal, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones (CSJ SL1452-2019).

Lo anterior implicaba a las AFP, realizar un ejercicio ilustrativo para el afiliado, mediante el cotejo o comparación de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para aquellos (CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

En ese sentido ha prevenido la Máxima Corporación Laboral que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

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

Tampoco 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 **PROTECCIÓN S.A.** (f. 9 Archivo 16 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía, en ninguno de los casos, 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.

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

Sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Si bien se practicó el interrogatorio de parte a la demandante (Min. 10:22 a 31:33 Archivo 24 ED), como lo dijo el Juez de instancia, de este no logra extraerse confesión que la perjudique. Lo anterior como quiera que, en la intervención de la accionante la misma fue insistente en manifestar que, en relación con el traslado de régimen pensional, al momento de vincularse a **PROTECCIÓN S.A.**, accedió a participar de una reunión grupal convocada en la institución educativa en la que trabajaba, oportunidad en la que solo pudo entender que la citada AFP sería quien llevaría todo su proceso, a más de que se dejó en el aire el rumor de que el ISS se acabaría, siendo lo más seguro llegar a una empresa prestante para depositar en ella con confianza su futuro pensional.

Acto seguido, sobre la explicación recibida, dijo no recordar los puntos indicados por el asesor, ya que solo se le dio la garantía de llegar a un lugar seguro, y que al final de su vida laboral se pensionaría. Así mismo, aceptó que firmó el formulario y demás documentos que lo acompañan, pero que no recibió información con lujo de detalles, como quiera que se le ofrecía algo muy bueno, y eso era lo que pretendía obtener, sin reparar en valores.

En igual sentido, en la alzada se pone de presente lo decidido en Sentencia SL812-2022, en la cual se despachó desfavorablemente la solicitud de ineficacia del traslado de la parte actora en ese proceso, providencia que precisa la Sala, no tiene las mismas condiciones fácticas del asunto aquí estudiado, pues en aquella oportunidad el ejercicio demostrativo tenía otros contornos, como, por ejemplo, que la demandante, además de plasmar de su puño y letra en el formulario el hecho de ser conocedora de que el cambio de régimen no le favorecía, aun así decidía trasladarse, dicha situación **confesada incluso en interrogatorio de parte**, son aspectos que efectivamente distan del resultado probatorio en el caso de marras, ya que como se dijo, además de no tenerse confesión de la actora, aquella incluso aseveró que la documental atinente a la afiliación se dio en el marco de una reunión grupal en la que aceptó trasladarse por los beneficios ofertados.

En igual sentido se insiste, la suscripción de esta clase de formularios, ha recordado la Jurisprudencia, se torna insuficiente para acreditar las obligaciones informativas a cargo de las AFP. Así fue recordado en Sentencia SL397-2023: *“(…) En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019) (…)*

Con todo 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 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 de la accionante, no le otorga la razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquella 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 (f. 18 Archivo 16 ED), pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por la asegurada y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social especialmente en este régimen, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la accionante, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas. En apoyo de este pronunciamiento se traen a colación las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020.

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

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no hay razones para que **PROTECCIÓN S.A.** no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la actora, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad. (CSJ SL2877-2022)



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

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, pues 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 de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente a los gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos debieron efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero de 2020).

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse allí, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, régimen solidario que se nutre de tales rendimientos para garantía de su sostenibilidad, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y menos para la parte actora. (CSJ SL1688-2019; CSJ SL1465-2021).

En 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.

En este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión de la Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a las demandadas.

Sin embargo, de acuerdo con todo lo considerado hasta aquí, y en virtud a que el presente proceso también se conoce en consulta en favor de **COLPENSIONES**, debe complementarse la orden de devolución de emolumentos impuesta en primera instancia, esto en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, en su valor real, por lo que se adicionará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** que también devuelva lo descontado por concepto de primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que, al igual que los gastos de administración, deben ser devueltos debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, tal como lo explicó recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4609 de 2021.

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 el numeral tercero 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. (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

De otro lado, a juicio de la Sala les asiste razón al apelante en torno a la pertinencia de revocar parcialmente el numeral tercero de la Sentencia recurrida, respecto a la autorización otorgada a **COLPENSIONES** para realizar un “*cálculo de equivalencia*”, en tanto que no se acreditó en el proceso un detrimento en el capital que debe recibir la citada entidad con destino al Fondo Común que se constituye para financiar las pensiones del régimen de prima media; teniendo en cuenta que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos, con la orden impuesta a **PROTECCIÓN S.A.** de trasladar igualmente las comisiones de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los tres últimos indexados, y que se deben integrar al Fondo común que administra para garantía de las pensiones del régimen de prima media, se está justamente garantizando que el fondo pensional público reciba todos los valores que debió percibir en el evento en que la accionante se hubiere afiliado desde un comienzo a esa entidad. Además, que tampoco quedó establecido el detrimento o desmedro de los aportes que se acumularon en el RAIS.

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 y revocará parcialmente la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Sin costas de esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

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 **TERCERO** de la Sentencia N° 304 del 30 de agosto de 2022, proferida por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el sentido de:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que devuelva a **COLPENSIONES** lo descontado a la demandante por concepto de primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros que, al igual que los gastos de administración, deberán retornarse debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.
- **ORDENAR** que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos objeto de devolución se especifiquen, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia, en lo que respecta a la autorización a **COLPENSIONES** de realizar el cálculo de equivalencia, conforme a lo considerado en precedencia, confirmándose en lo demás este numeral.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

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

### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL