

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-015-2020-00057-03
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA

SENTENCIA No. 039

Medellín, veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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° 006 de 2024, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta última, respecto de la Sentencia N° 031 del 12 de febrero de 2024, proferida por el JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

La señora PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑA presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. con el fin de que: 1) Se declare la ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, teniéndose para todos los efectos como válidamente afiliado y sin solución de continuidad al RPMPD. 2) Que consecuentemente, se condene a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todo el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generados 3) Así mismo, solicitó ordenar a COLPENSIONES que proceda nuevamente con su afiliación a esta entidad.

Como sustento de sus pedimentos manifestó que, nació el 05 de diciembre de 1965, resaltando que con ocasión de su ingreso al mercado laboral se afilió para diciembre de 1984 al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, trasladándose para el mes de junio de 1996 al Régimen de Ahorro Individual, vinculándose a COLFONDOS S.A., entidad sobre la que asegura, no le brindó suficiente información, tampoco le explicó las ventajas y desventajas de cada régimen, asegurando que el asesor de esta entidad solo fue enfático en manifestar que la entidad pública iba a desaparecer.

En esa misma senda, explica que para el año 2010 y encontrándose al servicio de para COLCABUYA LTDA, decidió afiliarse a PROTECCIÓN S.A., fondo pensional que asegura tampoco le ofreció una asesoría completa, ni le expuso un comparativo de cada uno de los regímenes pensionales, lo que le indujo a un error de consentimiento.

De otro lado, sostiene que una vez le fue realizada la proyección del cálculo de la mesada pensional por parte de la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, se puso en evidencia que en este fondo ascendería a la suma de UN (1) SMMLV, mientras que en el RPMD alcanzaría la suma de \$2.871.912.

Finalmente, señala que el día 10 de diciembre de 2019 presentó derecho de petición ante **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, instando la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS, petición que fue despachada desfavorablemente por ambas entidades (f.3 a 11 Archivo 01 ED).

POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

De entrada se precisa que, a través de auto del 17 de marzo de 2023, el Despacho de primera instancia admitió el llamamiento en garantía realizado por **COLPENSIONES** a **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** (Archivo 32 ED).

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, IMPROCEDENCIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL CUANDO QUIEN DEMANDA SE ENCUENTRA PENSIONADO POR ALGUNA DE LAS ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS* (...)” (f. 3 a 20 Archivo 12 ED).

A su turno **COLFONDOS S.A.** presentó los siguientes medios exceptivos: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO* (...)” (f.2 a 13 Archivo 14 ED).

Con respecto al llamamiento en garantía propuso: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, CARENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y PAGO, INDEBIDA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDADA, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS, INEXISTENCIA DE PRUEBA DE PERJUICIOS* (...)” (f.3 a 22 Archivo 33 ED).

PROTECCIÓN S.A. expuso que su actuar siempre ha estado ceñido a los principios de buena fe y legalidad, por lo que sus afiliados, incluido el 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; APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA 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* (...)” (f. 3 a 28 Archivo 15 ED).

Se resalta que a través de auto del 11 de septiembre de 2023 se tuvo por no contestado el llamamiento en garantía por parte de **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 39 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, mediante Sentencia N° 031 del 12 de febrero de 2024, decidió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora **PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑO**, identificada con la cedula de ciudadanía 43.096.248, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP **COLFONDOS S.A.**, representada legalmente por Jaime Restrepo Pinzón o quien haga sus veces, y **PROTECCIÓN S.A.**, representada legalmente por Juan David Correa Solorzano o quien haga sus veces.*

*SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, representada legalmente por Jaime Dussan Calderón, o quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora **PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑO**, esto es, las respectivas cotizaciones, junto con rendimientos financieros; sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda.*

*TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir las sumas de dinero señaladas previamente, y a activar la afiliación de la señora **PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑO**, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en forma permanente y sin solución de continuidad.*

*CUARTO: ABSOLVER a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN**. de la totalidad de pretensiones del llamamiento en garantía presentado por **COLPENSIONES**.*

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción conforme lo indicado en la parte considerativa de esta sentencia y las demás formuladas por las codemandadas quedan implícitamente resueltas con lo determinado.

*SEXTO: En el evento de que esta decisión no sea APELADA por **COLPENSIONES** se ordena el envío del proceso al Honorable Tribunal Superior de Medellín Sala Tercera de Decisión Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el artículo 14 Ley 1149 de 2007.*

*SÉPTIMA: Las costas serán asumidas exclusivamente por **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, para lo cual se fijan las agencias en derecho a favor de la demandante, en la suma de \$2.300.000, distribuidos en \$1.300.000, que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2024 a cargo de cada una de ellas. Según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP aplicable por analogía al trámite laboral, no habrá condena en costas respecto al llamamiento en garantía. (...)”*

La Juzgadora fundamentó su decisión en que, el tema de la ineficacia del traslado ha sido un ampliamente abordado, analizado y aplicado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en la Sentencia SL1834-2022, en la cual reiteró que con independencia de la fecha del traslado, las AFP deben brindar una verdadera orientación sobre las implicaciones del cambio de régimen, explicación que conlleve un análisis detallado de la situación del afiliado, desde la órbita del buen consejo, llegando al punto de desanimar al potencial afiliado, teniendo entonces la AFP la carga de demostrar el cumplimiento de tal obligación (SL1688-2019).

Acotó, que pese a que en el presente asunto las AFP aportaron como prueba del cumplimiento de tal deber, el formulario de afiliación, no lograron acreditar que hubieren suministrado una información adecuada a la demandante que demuestre que pusieron en conocimiento de aquella las ventajas y desventajas que su decisión acarrearba.

Lo antelado, da lugar a declarar ineficacia del traslado así realizado, con el compromiso de reintegrar a **COLPENSIONES** todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación del

accionante; e igualmente lo relacionado con los rendimientos, sin incluir los gastos de administración, primas de seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima, ya que, en atención al principio de congruencia, estos debieron solicitarse en las pretensiones, lo que no ocurrió en el particular.

Así mismo, dejó establecido que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción, pues la acción que ahora se analiza guarda estrecha relación con el derecho a la pensión de vejez.

De otro lado, señaló que no hay lugar a declarar la prosperidad del llamamiento en garantía realizado por **COLPENSIONES**, pues no fue acreditado al interior del trámite del proceso la existencia de un vínculo contractual, que a todas luces no se acreditó y mucho menos se avizora la ocurrencia un perjuicio que deba ser resarcido.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** apeló la decisión de primer grado, señalando que esta entidad, siempre respetó la decisión de la demandante de trasladarse de régimen pensional, la cual fue libre, voluntaria y sin presiones, tal como se extrae del formulario de afiliación suscrito por la demandante; además, que no es de recibo que después de tanto tiempo venga a manifestar la parte actora que no recibió información suficiente, máxime cuando tenía conocimiento de los rendimientos que generaba su capital en el Régimen de Ahorro Individual, conociendo además los extractos pensionales que se le enviaban para que consultara su información, resaltando que la única inconformidad de la demandante radica en el monto de su mesada pensional.

De otro lado el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, también presentó inconformidad en contra del proveído emitido en primera instancia, aseverando que su representada no fue partícipe del acto jurídico celebrado entre las AFP y la demandante, circunstancia por la cual no se le puede trasladar a esta entidad los efectos de la decisión asumida voluntariamente entre las partes.

En hilo con lo antelado indicó que, obligar a que su representada que reciba una persona que por más de 15 años no realizó cotizaciones en el RPMPD, es un atentado directo contra la estabilidad financiera de los otros afiliados que han estado vinculados siempre a este fondo pensional.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal otorgado, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó alegatos de conclusión, aduciendo que la vinculación de la demandante al RAIS cumplió con la normatividad vigente para la época, tal como lo demuestra el formulario de afiliación suscrito por la actora, alegando que su representada no participo del acto jurídico que pretende declararse ineficaz (Archivo 03 ED).

Por su parte el apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.**, señaló que en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, reiterando los argumentos expuestos desde la contestación a la demanda (Archivo 04 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS S.A** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante, precisa y completa a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS, según las pruebas recaudadas, 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, en grado de consulta 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 **PATRICIA MARÍA BEDOYA LONDOÑO** estuvo afiliada en pensiones al ISS, efectuando los aportes entre 1984 y 1995. (f. 14 a 17 Archivo 08 ED).
- (ii) Que el 12 de junio de 1996, la demandante se trasladó al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, entidad de la que migró el 11 de marzo de 2010 con destino a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, donde actualmente se encuentra afiliada (f. 63 15 ED, f. 31 Archivo 15 ED y f. 130 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el 10 de diciembre de 2019 la demandante instó a **PROTECCIÓN S.A.** que accediera a su traslado de régimen pensional, petición que fue despachada desfavorablemente a través de comunicado del día 16 de esa misma mensualidad (f.144 a 149 Archivo 01 ED)
- (iv) Que el 10 de diciembre de 2019 la demandante solicitó a **COLPENSIONES** que previa declaratoria de nulidad de su vinculación al RAIS, autorizase su traslado de régimen, petición negada en oficio adiado al día siguiente (f. 156 a 162 Archivo 01 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 para 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 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).

Por consiguiente, 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 las AFP **PROTECCIÓN S.A.**, así como la información suministrada en Sistema de Información de Afiliados-SIAFP (f. 130 y 63 Archivo 01 y 15 ED), nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía al afiliado 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 aquella 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. 25:16 a 37:26 Archivo 45 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 la demandada, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el 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 **COLFONDOS S.A.**, entidad con la que se materializó el traslado inicialmente, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por 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, generándose los efectos o consecuencias de la ineficacia también para los traslados posteriores efectuados dentro del mismo régimen de ahorro individual (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.** y **COLFONDOS S.A.** con cargo a su propio patrimonio, por los respectivos periodos en que la afiliada estuvo vinculada a cada uno de estos, 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 las AFP **PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** pues, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

Denotando que tal circunstancia no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de un traslado imperfecto, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

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

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

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

En ilación con lo antedicho, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de

2016.

En este orden de ideas, contrario a lo sostenido por la Juez de primer grado, y como quiera que la decisión también se conoce en consulta a favor de **COLPENSIONES**, debe esta Sala adoptar las medidas que corresponden en estos casos, específicamente, en lo relativo a la obligación de los fondos privados de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, conforme lo tiene decantado la Jurisprudencia Especializada (CSJ SL4609-2021).

En razón de lo antelado, se habrá de revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en cuanto dispuso que dentro de las sumas a devolver por parte de **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, no fueran incluidos otros conceptos distintos a los aportes y rendimientos; teniendo en cuenta además que, no se trata estos emolumentos de haberes que le pertenecieran al demandante, y que como tal, tuviese el poder dispositivo sobre ellos, a través de la conducta omisiva respecto de su reclamación; sino que tal como se tiene decantado por la jurisprudencia, son recursos que entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, para la garantía de las prestaciones de todos los afiliados al régimen de prima media.

Por lo anterior, se adicionará el numeral segundo del proveído inicial, a efectos de ordenar a esas AFP que dentro de los rubros materia de devolución a **COLPENSIONES**, incluya los gastos de administración, las primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberán reintegrar debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio.

Así mismo, a efectos de dar mayor claridad respecto de los recursos que se disponen trasladar al RPMPD, siguiendo la línea que sobre este particular viene fijando el Alto Tribunal de Casación Laboral, se ordenará que, al momento de cumplirse dichos mandatos por parte de las 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).

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 ineficacia 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 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 pública 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 expuesto, se revocará y adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 031 del 12 de febrero de 2024, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, en cuanto dispuso que

dentro de los rubros a devolver por parte de **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, no se incluyan sumas distintas a los aportes y rendimientos.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia apelada, **ORDENÁNDOSE** a la AFP **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de los valores a devolver a **COLPENSIONES** incluyan los gastos de administración, las primas de seguro previsional y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales reintegrarán debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, confirmándose en lo demás este ordinal.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a las AFP DEMANDANDAS que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, procedan a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL