

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARTHA LUCÍA LÓPEZ CARVAJAL
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001 31 05 011 2018 00589 01
SEGUNDA INSTANCIA	CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 071

Medellín, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°010 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia No. 245 del 5 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA LUCÍA LÓPEZ CARVAJAL** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por ella, desde el RPMPD al RAIS. **2)** En consecuencia, se condene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual. **3)** Así mismo, deprecó porque se ordene a **COLPENSIONES**, recibir los recursos provenientes del RAIS y realice los ajustes respectivos para que sean tenidos como semanas efectivamente cotizadas.

Como sustento de lo instado adujo haberse afiliado en pensiones al ISS, entidad a que realizó aportes hasta 1997, año en el que decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A.**, previa asesoría de un promotor de esta entidad, quien procedió sin explicarle las ventajas de vincularse a esta entidad, al paso que tampoco le fue entregada proyección pensional de ningún tipo.

En igual sentido refirió que, el asesor omitió detallar su situación particular, en tanto siempre fue enfático en manifestarle que allí podría pensionarse a una edad inferior, y con una mesada superior en comparación con la ofrecida en el ISS, agregando en este punto que

tampoco recibió información sobre el derecho de retracto, a efectos de poder regresar al RPMPD, en el cual aclaró, tenía claras las condiciones para obtener la pensión, circunstancias que configuraron un vicio del consentimiento, la cual, al tenor de la jurisprudencia, desemboca en la ineficacia del traslado.

Que para el 2024 alcanzará todas las exigencias (semanas y edad) para la pensión de vejez, momento en el que, de acuerdo con las proyecciones realizadas, en el RPMPD recibiría un ingreso cercano al salario que percibe en la actualidad; no obstante, en el RAIS su mesada equivaldría al SMLMV, lo que le generaría un perjuicio económico precisamente derivado de la mala asesoría ofrecida por la AFP. Por lo anterior afirmó que, solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPMPD, petición negada por esta accionada (f. 1 a 8 Archivo 02 ED).

ACTUACIÓN PROCESAL

A través de Auto del 20 de abril de 2021, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, a quien inicialmente le correspondió el reparto del proceso, en cumplimiento de lo señalado en el Acuerdo CSJANTA21-16 del 24 de febrero de 2021, dispuso la remisión del expediente al Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín para que continuara su trámite (Archivo 16 ED).

CONTESTACIONES

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *IMPOSIBILIDAD DE QUE COLPENSIONES DECRETE LA INEFICACIA DEL TRASLADO; BUENA FE; PRESCRIPCION* (...)” (f. 1 a 6 Archivo 08 ED).

A su turno, **COLFONDOS S.A.** contestó la demanda oponiéndose a lo pedido, tras considerar que al momento de la vinculación de la demandante cumplió con las formalidades legales respectivas. Por tales razones propuso como excepciones las de: “(...) *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO Y FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; PRESCRIPCION; BUENA FE; VALIDEZ DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD; FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; COMPENSACION Y PAGO; PETICION ANTES DE TIEMPO y OBLIGACION A CARGO EXCLUSIVAMENTE DE UN TERCERO* (...)” (f. 1 a 17 Archivo 13 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, mediante Sentencia No. 245 del 5 de octubre de 2022, decidió:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARTA LUCÍA LÓPEZ CARVAJAL** identificada con CC N° 39.352.657 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado en el año 1997 a **COLFONDOS S.A.** por las consideraciones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A** a que en el término improrrogable de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a **COLPENSIONES** todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos. **debidamente indexados a la fecha de pago.**

Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la sociedad COLFONDOS S.A., incluyendo como agencias en derecho a favor de la demandante, la suma de 2 SMLMV. (...).

Para arribar a esta decisión, consideró la Juez de primer grado que, a partir de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, normatividad vigente para la época del traslado de la demandante, se establecían como características para el traslado de régimen pensional, que además de ser obligatoria la afiliación, aquella debe ser voluntaria y libre.

En ese sentido precisó que, en punto de la ineficacia del traslado, la Jurisprudencia Especializada Laboral se pronunció, por ejemplo, en Sentencias como la proferida el 9 de septiembre de 2008, la emitida en el Rad. 46292 de 2014, SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, decisiones en las cuales ponen de presente que, desde su creación, las AFP tenían el deber de documentar de manera clara y suficiente, los efectos que acarrea el traslado, expuesto de manera cierta, clara y comprensible, obligación que, de no cumplirse, trae de suyo que el traslado se considere ineficaz.

Además, recordó que, conforme el precedente, en esta clase de asuntos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, la cual no se satisface simplemente con el formulario de afiliación (SL3464-2019 y SL1452-2019).

Bajo tal panorama, explicó que, en el caso de la demandante, la AFP demandada no acreditó haber brindado a la afiliada una asesoría clara, completa y comprensible, pese a que la reclamante no fuere beneficiaria del régimen de transición, diligencia que no se extrae del formulario de vinculación y mucho menos del interrogatorio de parte rendido por aquella. Ante esas circunstancias, concluyó viable declarar la ineficacia del traslado de régimen con las consecuencias económicas iniciadas, debiendo remitir los recursos respectivos a **COLPENSIONES**.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 109 del 12 de abril de 2023, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de **COLPENSIONES**, exponiendo en primera medida que su representada es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual hoy se pretende su ineficacia, es por ello que no debe verse perjudicado por el error en el cual incurrió la parte demandante.

Frente a la ineficacia de la afiliación, señaló que, a lo largo del proceso se logra probar que la demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y

voluntario, ya que no existieron vicios en el consentimiento tales como dolo, culpa y tampoco se ejerció algún tipo de fuerza o constreñimiento al firmar el formulario de afiliación, indicando a su vez que la actora se encuentra a menos de 10 años de obtener su beneficio pensional por lo que no puede accederse a lo pretendido, pues se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, tal como lo señalan las Sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

De otro lado, manifiesta que, de confirmarse la decisión, debe ordenarse el retorno de todos los emolumentos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, conformen lo establecen sentencias como la SL655 de 2022, SL1688 de 2019, SL2877 DE 2020, 17595 de 2017 (Archivo 03 ED).

PROBLEMA JURÍDICO

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

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, así como a revocar la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

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 **MARTHA LUCÍA LÓPEZ CARVAJAL**, estando afiliada al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones entre 1993 y 1997, el 17 de noviembre de 1997 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por la AFP **COLFONDOS S.A.** (f. 9 a 10 Archivo 02 ED y f. 18 Archivo 13 ED).
- (ii) Que el 12 de septiembre de 2018 la demandante radicó ante **COLPENSIONES** formulario de afiliación, trámite negado por esta entidad en comunicado de la misma fecha (f. 23 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).

No se trataba simplemente de captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, con promesas vanas, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional. 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 (CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019).

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

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

En ese sentido ha prevenido que, la mera 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 al tenor del artículo 43 CST que dispone dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, laudos, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo, excluyen la remisión a otros dispositivos normativos de la legislación civil para evaluar el contenido volitivo del acto de afiliación, de ahí que no se deba acudir a esta normativa para evaluar la presencia de los vicios del consentimiento que aquella preceptúa.

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

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada 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 a vinculación 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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **COLFONDOS S.A.** (f. 13 Archivo 13 ED), realmente nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro; información determinante para que la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto en el actual litigio, que no hubo el más mínimo despliegue probatorio de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte (Min. Min. 13:20 a 25:40 Archivo 25 ED), en el cual no se observan afirmaciones que la perjudiquen.

Se observa aquí 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 imposición de su permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de la posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de los afiliados.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a las demandadas, 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.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media, independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

La consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el 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 **COLFONDOS 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 al solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento de dicha entidad. (CSJ SL2877-2022)

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

Resulta relevante mencionar que, entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **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 la afiliada, 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, 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 este orden de ideas, comparte esta Corporación la decisión del Juez de instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, junto a las consecuencias económicas impuestas a las demandadas.

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirmará la Sentencia consultada. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en el grado de consulta.

Sin que sean necesarias más consideraciones, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 245 del 5 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA