

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MAYERLIS ROCIO COLÓN BENITEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-012-2021-00465-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 253

Medellín, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

En atención a lo previsto en el decreto 806 de 2020 convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado el presente asunto en la SALA TERCERA DE DECISION LABORAL, según consta en Acta N°033 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de **COLFONDOS S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 07 de julio de 2023, proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

Se reconoce personería a la abogada **LAURA ESTRADA CALLE**, identificada con T.P. No. 256.099 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de **COLPENSIONES**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 04 ED Tribunal.

De igual manera se reconoce personería al abogado **ANDRÉS FELIPE RÍOS GARCÍA**, identificado con T.P. No. 331.945 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de **COLFONDOS S.A.**, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 1 Archivo 05 ED Tribunal

ANTECEDENTES

La señora **MAYERLIS ROCIO COLÓN BENITEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del RPMPD hacia el RAIS, disponiéndose su retorno al primero. **2)** Que consecuencialmente, se ordene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el valor de los aportes recibidos por la afiliación, cotizaciones, rendimientos y gastos de administración. **3)** Así mismo, instó que se ordene a **COLPENSIONES**, tener como afiliada a la demandante sin solución de continuidad, **4)** Por último, solicitó condenar en costas a las entidades demandadas.

Fundamentó sus pedimentos en que, nació el 30 de junio de 1963, indicando que inició su vida laboral cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir de 1980; continuó expresando que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual en el año 2002, entidad que asegura no le brindó la información suficiente sobre la liquidación final de su pensión de vejez, agregando que la asesoría suministrada por el agente comercial del fondo privado, no tuvo en cuenta sus condiciones particulares, ya que se limitó a informar sobre la rentabilidad y las fluctuaciones del mercado que podrían dar lugar a una excelente pensión con diversos beneficios económicos, sin explicarle de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al afiliarse al Régimen de Ahorro Individual frente a los beneficios que le representaba el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; adviera que se realizó su traslado sin informarle el monto de la mesada pensional en el RAIS, como tampoco, que la obtención de esta estaba supeditada al capital ahorrado; aduciendo que la AFP mediante un engaño, sustentó la decisión de la afiliación, en premisas que no se ajustaban a su realidad financiera.

Luego sostuvo que, el día 13 de mayo de 2021, elevó a COLPENSIONES solicitud de afiliación al Sistema General de Pensiones y la autorización de traslado al Régimen de Prima Media, petición despachada desfavorablemente el día 31 de esa misma mensualidad (f. 2 a 10 Archivo 03 ED).

### POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS

A su turno **COLFONDOS S.A.** propuso como medios exceptivos los siguientes: “(...) *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 DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO Y COMPENSACIÓN Y PAGO (...)*” (f.2 a 16 Archivo 06 ED).

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: “(...) *INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR LOS INTERESES DE MORA, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN E IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS (...)*” (f. 2 a 16 Archivo 07 ED).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

“(...) *PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen efectuado por la señora MAYERLIS ROCÍO COLÓN BENÍTEZ, identificada con la C.C. 23.219.240, al régimen de ahorro individual efectuado el 15 de febrero de 2002.*

*SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar el monto del capital ahorrado por MAYERLIS ROCÍO COLÓN BENÍTEZ, desde el 1° de abril de 2002, hasta el momento en que se haga el traslado efectivo del capital con sus respectivos rendimientos financieros a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como a devolver a la misma todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la mencionado como cotizaciones, bonos pensionales si lo hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las*

*sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora.*

*Sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones, por tratarse de sumas de dinero que han sido depreciadas en su valor con el paso del tiempo.*

*Se advierte que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare.*

*Se ordenará a la AFP demandada a entregar a COLPENSIONES, dichas sumas de dinero dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, los valores aludidos, y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputados a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron aportados, las que habrán de tenerse como válidas para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional.*

*CUARTO: DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por las codemandadas.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en favor de la parte demandante. Sin costas a cargo de Colpensiones. Se fijan las agencias en derecho en esta instancia en la suma de \$1.160.000 a cargo de COLFONDOS S.A. (...)*”.

Para arribar a esta decisión sostuvo la Juez de Primera Instancia, que dentro del sistema general de pensiones coexisten dos regímenes pensionales, el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, que, si bien cubren las mismas contingencias, prevén distintos requisitos para su causación.

En torno al deber de información, sostuvo que en consonancia con el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, debe la AFP brindar una información responsable al usuario en su eventual escogencia y/o traslado de régimen pensional, línea que también se sigue bajo los parámetros de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, debiendo entonces la entidad de pensiones, brindar una asesoría suficiente, explicando los riesgos y beneficios del traslado, para que así se pueda hablar de una decisión informada, autónoma y consciente, ya que si no se cumple con estos requisitos, la decisión debe declararse ineficaz, tal como lo ha decantado de antaño la línea Jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la 31989 de 2008.

Adicional a ello sostuvo que, en procesos como el ahora estudiado se invierte la carga de la prueba, siendo responsabilidad de los fondos pensionales acreditar que el afiliado recibió la respectiva información al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, pues el simple formulario no convalida el deber de información, tal como lo expone el máximo órgano de cierre en materia laboral en proveído SL1440 de 2021.

En ilación con lo antelado, señaló el *A quo* que en el presente asunto no se avizoraba que la demandante hubiese tomado una decisión informada y transparente, pues brilla por su ausencia material persuasivo que así lo demuestre.

En ese sentido expuso que, en el presente asunto, **COLFONDOS S.A.** no acreditó haber suministrado una información adecuada al demandante, lo que da lugar a declarar la ineficacia del traslado realizado por este, con las consecuencias económicas anotadas, sin que sea admisible la excepción de prescripción. Finalmente, negó los perjuicios morales deprecados, pues aduce que no se observa prueba en el legajo que soporte los dichos expuestos desde la demanda.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.** recurrió la decisión, sosteniendo que los asesores de la entidad si le brindaron a la demandante una asesoría integral y completa, respecto de las implicaciones de su traslado de régimen, así como sobre las características del RAIS y las diferencias entre los dos regímenes pensionales, la rentabilidad de los dineros y el derecho al retracto.

De otro lado, mostró su desacuerdo con respecto de la devolución de las primas de seguros previsionales a su cargo, pues al declararse la ineficacia del traslado se deja sin piso cualquier otro acto jurídico, siendo en este caso obligación de la aseguradora restituir el dinero por este concepto. Con respecto a los gastos de administración, aseguró que este porcentaje no hace parte de la cuenta de ahorro individual, ya que fue destinada a cubrir la administración de la cuenta de la demandante, descuento autorizado por la Ley; adicional a ello, sostuvo que la devolución de estos dineros genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de **COLPENSIONES**, quien no administró los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora.

Finalmente, solicitó se revoque también la condena en costas fulminada en contra de la entidad, en razón a la buena fe que debe presumirse en el negocio jurídico celebrado con la demandante.

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, la apoderada de **COLPENSIONES**, hizo alusión a lo establecido en la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia que mencionó que cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes, circunstancia que conlleva a que la solicitud de afiliación o traslado sea analizada de manera directa y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993, Artículo 13 Literal B; indicando también que las personas que se trasladen al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y posteriormente se devuelvan al ISS, no conservaran el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, sostuvo que el documento suscrito por la accionante solicitando el traslado obedeció a la decisión de una persona plenamente capaz en ejercicio de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre selección que se consagra en el artículo 2 de la ley 100 de 1993, y, si bien la demandante inició cotizando al RPMPD, el mismo se trasladó al RAIS y solo hasta ahora pretende devolverse para Colpensiones porque se dio cuenta que el RPMD le es más favorable para su pensión manifestando que fue inducido en error.

Además de lo expuesto, indicó que debe tenerse en cuenta que las normas laborales establecen unos requisitos para el traslado de régimen, y prohíbe expresamente el mismo cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, Conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de

1993.

Acto seguido, se refirió al principio de la Sostenibilidad Financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, informando que no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos.

Finalmente, adujo que si la decisión se confirma hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir los: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, emolumentos que deben reintegrarse de manera indexada (Archivo 04 ED).

Por su parte el apoderado 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.

En ese sentido, expresa que esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta, recalando que esta disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De otra parte, sostiene que si lo pretendido es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma sin lugar a interpretaciones distintas establece que cualquier persona natural o jurídica, que hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien menciona que, quedará sin efecto la afiliación, no hace referencia si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes disposiciones legales para resolver un asunto en concreto, precisando que, el único artículo que refiere a la Ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el artículo 897 del Código de Comercio, cuando “un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

En concordancia con lo anterior, expone que, pese a lo diáfano de las normas, la Corte Suprema de Justicia realiza una mixtura para poder resolver las ineficacias de los traslados de régimen pensional, por cuanto acude a normas propias del sistema general de pensiones - artículo 271 de la Ley 100 de 1993- para decir que el acto jurídico de traslado es ineficaz, pese a que nada dice esta norma al respecto y, para establecer los efectos de esta “ineficacia”, acude a disposiciones del Código Civil, sin igualmente tener en cuenta que este compendio normativo consagra los presupuestos para que se declare la nulidad de un acto o contrato y no la ineficacia del traslado pensional.

En esa senda sostiene que, ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso, resaltando que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Finalmente, hizo alusión sobre el derecho al retracto, la libre escogencia de régimen pensional, el deber de información, trayendo a colación también la línea Jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Archivo 05 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; 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, verificando también, si hay lugar a revocar la condena en costas en contra de **COLFONDOS S.A.**

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 **MAYERLIS ROCIO COLÓN BENITEZ** estuvo afiliada en pensiones al ISS, entre 1995 y 2022 (f. 42 a 45 y 17 Archivos 07 y 06 ED).
- (ii) Que el 15 de febrero de 2002 la demandante decidió trasladarse al RAIS administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.**, entidad a la que permanece afiliada (f. 19 Archivo 06 ED).
- (iii) Que el 03 de agosto de 2021 la demandante suscribió formulario de afiliación a **COLPENSIONES**, petición a la que no accedió la entidad en oficio del 27 de agosto de esa misma anualidad (f. 47-48 y 50 Archivo 07 ED).
- (iv) Así mismo se tiene que, el 28 de abril 2021, la demandante solicitó entre otras cosas a **COLFONDOS S.A.** accediera a la nulidad de su traslado al RAIS, petición de la que no obra respuesta en el expediente (f.97 a 101 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 que, la sola firma consignada en el formulario de afiliación, con la declaración impresa acerca de que la decisión fue libre, espontánea y sin presión, no se estima suficiente para entender que fue una decisión informada, pues solo es indicativa de que al momento de signar el documento no hubo apremio o presión, y no que se trató de una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearía al implicado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083,

CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL2877-2020).

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

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

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

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

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información es a estos, dada su calidad de gestores profesionales del sistema financiero en el área pensional, razón suficiente para que sean ellos los obligados a precisar las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz, que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le implicaba exponer bajo las condiciones vigentes, cómo serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para él, cuáles serían sus expectativas pensionales futuras, de optar por la entidad (CSJ SL1688-2019).

Para el caso concreto se advierte que, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación de la demandante a la AFP **COLFONDOS S.A.** (f.



19 Archivo 06 ED), nada se logra extractar con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrea 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; advirtiéndose, que si bien se practicó interrogatorio de parte al demandante (Min. 11:06 a 27:38 Archivo 36 ED), de este no logra extraerse confesión que lo perjudique.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar a la usuaria la ilustración necesaria para que esta tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para la afiliada, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad respecto de la afiliada.

Ahora, es pertinente señalar que, pese a la antigüedad de la afiliación de la demandante al RAIS, esta circunstancia por sí sola no le otorga razón a las demandadas, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021).

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

Con todo, estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **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 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 **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 a la solicitante bajo las particulares condiciones de la ineficacia del traslado, se ve compelido a asumir las prestaciones derivadas del RPMPD, respecto de una persona que ya no se presupuestaba legalmente que estaría a cargo de ese régimen, por lo que debe acopiar los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración, fondo para la garantía de pensión mínima y primas, todo en procura de impedir la configuración del detrimento esbozado por el apoderado de dicha entidad (CSJ SL2877-2022).

Frente a este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por **COLFONDOS 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 **COLFONDOS S.A.** pues pese a lo señalado en la alzada, si bien es cierto, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traspaso de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no se puede pasar por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos.

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

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

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

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

En ilación con lo antedicho, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

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, por ejemplo en la Sentencia SL4609-2021.

Por lo anterior, se adicionará el numeral segundo del proveído inicial, a efectos de ordenar a esa AFP que dentro de los rubros objeto de devolución a **COLPENSIONES**, incluya las primas de seguro previsional 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).

De otro lado, en lo referente a la equivalencia que se ordenó en el numeral segundo, donde se dispuso que *“Se advierte que, si la sumatoria de todos los conceptos que se ordena trasladar, resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media, será la referida AFP quien asuma la diferencia que resultare”* para que fuera asumida por la AFP, es preciso indicar que, la ineficacia declarada no puede quedar sujeta a dicho cálculo, por la potísima razón de que este no es el efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, pues pese a requerirse la actualización de dichos aportes para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra **COLPENSIONES**, la solución acogida por la Alta Jurisprudencia a efectos de conjurar esta problemática, ha sido la indexación de las condenas, tal como se indicó en líneas anteriores, medida reiterada, por ejemplo, en Sentencia SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Este aspecto, se resalta, debe ser revocado, a efectos de ajustar la decisión acorde a lo concebido desde el precedente del Órgano de Cierre en materia Ordinaria, que, itera la Sala, está direccionado precisamente a la devolución de todo lo recibido, con la actualización económica de los rubros descritos (SL2877-2020 y SL1442-2022).

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 nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extendiéndose igualmente a las consecuencias económicas que de esta derivan (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, CSJ SL 3465-2020, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Así mismo, en lo relativo a los gastos de administración y demás emolumentos que componen los aportes objeto de devolución, que según lo decantado por la jurisprudencia entran a formar parte del fondo común de naturaleza publica conformado para garantía de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida, adquieren el carácter de recursos imprescriptibles en atención a su vocación de servir a la financiación de las prestaciones del régimen (CSJ SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto al reproche de **COLFONDOS S.A.** a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo deprecado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los litigantes.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en los aspectos descritos, confirmándose en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, se fijan como agencias en derechos la suma de UN (1) SMMLV.

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:** Se **ADICIONA** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia del 07 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido de:

- **ORDENAR** a la AFP **COLFONDOS S.A.** que dentro de los valores a devolver a **COLPENSIONES** incluya, las primas de seguro previsional, las cuales reintegrará debidamente indexadas, y con cargo a su propio patrimonio.
- **PRECISAR** que la citada corrección monetaria procede sobre los recursos a reintegrar por concepto de gastos de administración, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguro previsional.
- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a las AFP **COLFONDOS S.A.** 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.

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia


enunciada, en cuanto dispuso efectuar un cálculo de equivalencia de los aportes entre regímenes, relevando a la entidad de esta específica obligación.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la decisión consultada.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.**, se fijan como agencias en derecho la suma de UN (1) SMMLV.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**