

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE MEDELLÍN
RADICADO	05001-31-05-003-2019-00493-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	- Ineficacia de Traslado de Régimen - Pensión de Vejez – Ley 797 de 2003
DECISION	MODIFICA y REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No. 031

Medellín, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta No. 006 de 2023, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado judicial de **COLFONDOS S.A.**, así como el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de **COLPENSIONES**, respecto de la Sentencia del 3 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la ineficacia o nulidad del traslado que efectuó del RPMPD al RAIS administrado por **COLFONDOS S.A.**, teniéndose como afiliado al primero. **2)** En consecuencia, impetró se condene a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes realizados, incluidos los rendimientos y el bono pensional. **3)** Así mismo, solicitó ordenar a **COLPENSIONES** que reciba los recursos provenientes del RAIS, y las impute a su historia

laboral. 4) Instó se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, desde el cumplimiento de los requisitos para ello, junto con los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. 5) Por último, petitionó imponer a **COLFONDOS S.A.** el pago de la indemnización de perjuicios.

Como sustento de sus pedimentos manifestó que, nació el 5 de septiembre de 1955, vinculándose laboralmente al servicio del Departamento de Antioquia desde 1978. Indicó que posteriormente se afilió al RPMPD administrado por el ISS, entidad en la que permaneció hasta 1995, cuando decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A.**, acto para el que adujo, fue abordado por una asesora de esta entidad, la que no le brindó una explicación de su situación pensional, ni le ilustró sobre las desventajas de trasladarse, centrando su explicación en exaltar las bondades del régimen privado.

Que de haber conocido los pormenores de su decisión, especialmente las modalidades pensionales en el RAIS, así como aspectos relativos al bono pensional, formas de calcular la pensión y la incidencia de las implicaciones del mercado y la composición familiar en dicho ámbito, no hubiese optado por el traslado. A partir de lo expuesto, consideró como viciada su voluntad, dando lugar a la ineficacia de su vinculación.

En ese sentido, expuso que la actuación enunciada terminó afectándolo, como quiera que en simulación pensional realizada por **COLFONDOS S.A.**, esta le informó que en el RAIS no contaba con el capital necesario para pensionarse, mientras que en el RPMPD, habría alcanzado la pensión en el año 2017 en la suma de \$991.925, lo que muestra la afectación en sumo grado a su proyecto de vida, condición que a su vez deja en evidencia la existencia de perjuicio moral.

De otro lado, alegó que también se generaron perjuicios patrimoniales, devenidos del actuar de la AFP, mismos que deben ser objeto de indemnización. Acto seguido, anotó que laboró al servicio de distintas entidades públicas y privadas, acreditando más de 1.300 semanas, requisito que sumado a la edad de pensión, conlleva a concluir que acredita las exigencias del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, anotó que elevó petición ante **COLPENSIONES**, con lo cual agotó la respectiva reclamación administrativa (f. 2 a 14 Archivo 02 ED).

CONTESTACIONES

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando como excepciones de mérito las que denominó: “(...) *FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS e INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DESARROLLADO EN EL ARTICULO 48 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ADICIONADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005* (...)” (f. 5 a 15 Archivo 11 ED).

A su turno, **COLFONDOS S.A.** expuso que la vinculación del demandante al RAIS cumplió con todas las formalidades legales, dado que fue resultado de la voluntad libre y espontánea de aquel. Por tal razón propuso como excepciones las de: “(...) *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; NO EXISTE PRUEBA DE CAUSAL DE NULIDAD ALGUNA; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO; BUENA FE; COMPENSACIÓN; PAGO; AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO (...)*” (f. 18 a 37 Archivo 12 ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN profirió Sentencia del 28 de julio de 2022, con la cual dispuso:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que la entidad demandada COLFONDOS AFP S.A. no demostró en este proceso haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor de CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA C.C. N° 70079805, cuando este se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES a dicha entidad en 1995, a pesar de que resaltaba de bulto, o sea, de manera amplia y precisa, el beneficio de transición pensional que estaba perdiendo el demandante con la realización de dicho traslado.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP COLFONDOS S.A. causó grave menoscabo, es decir, disminución o limitación a la seguridad social en pensiones de CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA al hacerle perder la transición pensional, ley 33 de 1985 de la que este era beneficiario.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de AFP COLFONDOS S.A. en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones de demandante CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPM acaecido en cabeza de CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA causado por AFP COLFONDOS S.A., y declarar que este, CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA sigue inmerso en el RPMPD con transición pensional, pero a cargo de la AFP COLFONDOS S.A.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, pues esta entidad es un tercero en el acto jurídico de traslado, y ningún perjuicio debe recaer en dicha entidad.

SEXTO: Consecuencial a las anteriores declaraciones, ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que quede en firma esta sentencia, reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA. Dicha mesada pensional se seguirá pagando en favor del demandante en la suma de \$1.342.464,26 para el año 2023, incluyendo

dentro de dicho pago pensional, las mesadas 13 y 14 de cada año, es decir, de junio y diciembre de cada año, sin perjuicio de los incrementos anuales de Ley.

SEPTIMO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMPD, transición pensional, ley 33 de 1985, en favor del demandante CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional.

Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES, que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo solicite por escrito COLFONDOS S.A., elabore dicho cálculo actuarial pensional, y dentro de ese mismo lapso (dos meses) COLPENSIONES debe presentar por escrito a COLFONDOS S.A. el valor del cálculo actuarial pensional. A su vez, COLFONDOS S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de COLPENSIONES, procederá al pago real y efectivo de dicha suma de dinero ante COLPENSIONES.

OCTAVO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar a CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA la mesada pensional bajo el RPM, transición pensional, Ley 33 de 1985, en los términos ya indicados antes. COLPENSIONES subrogará en tal pago a COLFONDOS S.A., desde el momento y hora en que COLFONDOS S.A. pague el cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES.

NOVENO: AUTORIZAR a la AFP COLFONDOS S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí y para AFP COLFONDOS S.A. los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este.

DÉCIMO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. pagar a título de retroactivo pensional al demandante el tiempo transcurrido el 6 de septiembre de 2017 al 30 de julio del 2023 por la suma de \$ 85.969.551,91.

Y se ORDENA a COLFONDOS S.A. pagar intereses moratorios a la tasa más alta vigente de acuerdo con el 141 de la ley 100 de 1993, al demandante CARLOS FIDEL VASQUEZ CORREA cuando le pague este retroactivo, incluyendo las mesadas pensionales que se sigan causando a partir del 30 de julio del 2023, hasta cuando real y efectivamente sean pagadas estas mesadas causadas.

DÉCIMO PRIMERO: No prosperan las excepciones propuestas por la demandada AFP COLFONDOS S.A. (...). Si prospera la excepción de COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP COLFONDOS S.A. a dicha entidad, por lo cual COLPENSIONES será absuelta de toda responsabilidad y

obligación en ese proceso.

DECIMO SEGUNDO: Costas procesales a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. Agencias en derecho a favor del demandante, y a cargo de COLFONDOS S.A. en la suma de \$ 6.960.000. (...)”.

Para arribar a esta decisión comenzó precisando que, en el presente litigio debía apartarse de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ (Art. 7° CGP). Lo anterior, expuso, por virtud de los Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, los cuales establecen la obligación de diligencia debida y buen consejo en cabeza de entidades financieras de informar de manera veraz y oportuna al usuario, a efectos de que este tome una decisión plenamente informado.

Luego, hizo alusión a los principios de eficacia de los derechos sociales (Art. 53 CN), favorabilidad y el acceso al mínimo vital, definido este como el necesario para la congrua subsistencia, el cual es de orden cualitativo. Así mismo, resaltó el principio de responsabilidad, para mencionar que quien genera un daño, debe repararlo, cuestión que no escapa a las AFP en atención a la normatividad en cita, pues de no acatar sus obligaciones, pueden ser sancionadas al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, planteamiento desde el cual señaló, podía alejarse de la Jurisprudencia, en la medida en que, al no otorgarse por parte del fondo una asesoría clara y completa al afiliado, causando menoscabo en su eventual mesada pensional, procede la ineficacia del traslado realizado, con la previsión de que la persona sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP del RAIS.

En este punto consideró, que la postura actual de la Jurisprudencia Laboral en estos casos vulnera varios principios jurídicos constitucionales como son, el de sostenibilidad financiera, relatividad de los actos y contratos, la prohibición de beneficiarse de su propia culpa, así como el de tener que reparar el daño causado, entre otros, lo que da lugar a ordenar la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD (Art. 272 Ley 100 de 1993), para declararse que el afiliado sigue inmerso en este, pero itera, a cargo de la AFP del RAIS, determinación tratada también por la Corte Constitucional.

De igual modo, indicó que de hecho, en sentencias de la Sala de Casación Laboral se ha aplicado el principio jurídico de la responsabilidad, por ejemplo, en procesos de ineficacia que inmiscuyen pensionados, en los que la AFP debe responder por los perjuicios ocasionados a la persona, cuestión a la que se suma por ejemplo, la posibilidad existente de imponer a los fondos privados el pago de pensiones cuando omiten cumplir sus obligaciones (Decreto 656 de 1994), en los términos que correspondiera al afiliado recibir la prestación en el RPMPD.

Ahora, en lo referente a la premisa de exclusión de los regímenes pensionales, anotó que ese criterio no es absoluto cuando se trata de resolver derechos fundamentales, conforme lo señalado en la propia Carta Política, con miras a proteger los derechos de los trabajadores, de donde coligió que, son las entidades las que deben armonizar, articular y potencializar sus funciones, pues el mismo sistema normativo lo permite, toda vez que, al tratarse de entes

financieros, cuentan con la posibilidad de permutar obligaciones, que en el ámbito estudiado es conocido como conmutación pensional, previo traslado de los recursos e información requerida para ello. Lo anterior, porque la solución establecida en la actualidad por la Corte Suprema de Justicia solo supone el traslado de una pequeña suma de dinero insuficiente para cubrir la pensión.

Seguidamente, pasó a referirse a las características del daño, a efectos de mencionar que, si el derecho a la seguridad social fue conculcado, debe ser reparado, en este caso, conforme lo dispuesto por la Ley 446 de 1998, aplicando criterios actuariales (cálculos) de cara a acudir a fórmulas de solución como la conmutación pensional.

Luego recordó las condiciones para adquirir el derecho pensional bajo el amparo del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y su limitación con el Acto Legislativo 01 de 2005, a efectos de destacar que era más beneficioso en comparación con las exigencias de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones posteriores. Tal situación, dijo, debe ser tenida en consideración a la hora de tramitar el acto jurídico del traslado, requiriéndose sumo cuidado del asesor comercial a la hora de analizar la existencia de beneficios como estos, so pena de tener que reparar el perjuicio.

A partir de todo lo dicho, retomó al análisis de la vinculación del actor al RAIS, para decir que no hay prueba siquiera de que la AFP hubiere corroborado el cumplimiento de los requisitos mínimos para el traslado de aquel, mostrándole las diferencias pensionales, las consecuencias de trasladarse, análisis personales y específicos, cuestiones que no alcanzan a acreditarse con el formulario de afiliación aportado por el fondo privado.

Adicionalmente, reseñó que no había dificultad para establecer que el demandante era beneficiario del citado régimen de transición, beneficio que debió advertir el asesor de la AFP, podía perder el afiliado al trasladarse, lo que enseña el grave perjuicio causado respecto a las posibilidades de mesada pensional.

Por tal motivo, considero viable declarar la inaplicación constitucional del RPMPD, declarando que el demandante sigue inmerso en este régimen, pero a cargo de la AFP, sobre la que concluyó, debía proceder a pagar la pensión de vejez desde el mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, de manera retroactiva e indexada desde septiembre de 2017, partiendo de una pensión de \$991.925, con derecho a 14 mesadas, como quiera que la prestación se causó en septiembre de 2010 bajo las reglas de la Ley 33 de 1985, ello como forma de resarcir los perjuicios causados.

Así mismo, dispuso que **COLFONDOS S.A.** debía reconocer intereses moratorios en los términos reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **COLFONDOS S.A.** mostró su inconformidad con la decisión, manifestando que el fallo no cumple con el principio de congruencia, en tanto se sale del marco definido entre lo pedido y lo fallado, puesto que el Juez sustituyó en su integridad

todas las pretensiones del gestor, frente a lo cual no tuvo oportunidad su representada de realizar su defensa, pues declaró una responsabilidad patrimonial y el reconocimiento de la pensión de vejez en términos del RPMPD con Ley 33 de 1985, al igual que ordenó el pago de intereses moratorios, pese a que no fueron solicitados de esa forma, toda vez que lo pretendido era la ineficacia del traslado, el consecuente retorno al RPMPD, y el pago de perjuicios que finalmente no fueron probados en el proceso.

En ese sentido, expuso que el Juez rebosó las facultades *ultra y extra petita*, mismas que deben tener una limitación y conexidad con lo reclamado inicialmente, incumpliendo con los lineamientos de la Sentencia C-662 de 1998, de lo que resulta que no sea factible que su defendida reconozca una pensión en los términos del RPMPD como lo ordenó el Despacho, por cuanto la misma Ley 100 de 1993 consagra que los regímenes pensionales son excluyentes. Por último, solicitó la revisión de la condena por agencias en derecho tras considerar que las mismas no se ajustan a los presupuestos legales.

La presente decisión también será objeto de consulta en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispone el artículo 69 CPLSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó alegatos en los que argumentó que en esta clase de asuntos la responsabilidad de la AFP no sólo se debe encaminar a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un Juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros como su representada.

Que la ineficacia crea de manera injustificada y desproporcionada la obligación con efectos patrimoniales en cabeza de su defendida, lo cual tiene como consecuencia un impacto lesivo en el ámbito económico de esta entidad, argumentos que respaldó con lo considerado en Sentencia C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

Seguidamente, expresó que el derecho a la libre elección de régimen no constituye un derecho absoluto, y debe atender criterios de sostenibilidad financiero y expectativas pensionales (Art. 34 CN). En consecuencia, solicitó la revocatoria o modificación de la decisión de primer grado, agregando que, en el evento de determinar la procedencia de la ineficacia, se ordene a la AFP la devolución de todos los recursos recibidos y depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo los rendimientos, y la indexación respectiva, como lo han establecido Sentencias SL782-2021, SL3202-2021, SL3709-2021 y SL3769-2021 (Archivo 04 ED Tribunal).

Por su parte, el mandatario de **COLFONDOS S.A.** reiteró la posición expuesta en el recurso, en torno a la improcedencia de lo ordenado por el Juzgado. Agregó que tampoco están dados los presupuestos para predicar la nulidad del traslado reclamada en la demanda, motivos por los que insiste en la absolución de esta entidad (Archivos 05 y 06 ED Tribunal).

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, verificando en este caso la procedencia de las órdenes impuestas en sede de primera instancia, relativas a la inaplicación por inconstitucionalidad de los efectos de la ineficacia de la afiliación, para imponer en cabeza de la AFP del RAIS las prestaciones propias del RPMPD, así como el posterior traslado de tales obligaciones a este último régimen, por la vía del pago de un cálculo actuarial.

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 que se desglosan de las cotizaciones del afiliado durante el periodo de su permanencia en los fondos privados.

Solo de prosperar la ineficacia, se analizará si el actor acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez del régimen de prima media que reclama, y de ser procedente, se estudiará la fecha de efectividad de la misma, la cuantía de la mesada y el retroactivo.

Se procede entonces a resolver los planteamientos previos las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** nació el 5 de septiembre de 1955, conforme lo muestra la copia del documento de identidad visible a folio 2 Archivo 03 ED.
- (ii) Que el citado se afilió en pensiones al ISS, entidad a la que efectuó aportes entre 1982 y 1983. Así mismo, reporta tiempos de servicios laborados con el Banco de Colombia, la Contraloría General de la República y el Departamento de Antioquia entre 1979 y 1991 (f. 12 a 25 Archivo 03 ED).
- (i) Que el 10 de julio de 1995 el actor suscribió formulario de afiliación a la AFP **COLFONDOS S.A.** entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad (f. 3 Archivo 03 ED).
- (ii) Que el 26 de abril de 2019 el accionante solicitó a **COLPENSIONES** que tuviera como nulo o ineficaz su traslado al RAIS, con el consecuente reconocimiento pensional en el RPMPD, petición de la que no se observa respuesta en el particular (f. 34 a 37 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 SL1688-2019).

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 público y privado de pensiones (CSJ SL1452-2019).

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

En ese sentido ha prevenido el Alto Tribunal 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 de 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 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, de las pruebas allegadas al expediente, especialmente el formulario de afiliación del demandante a la AFP COLFONDOS S.A. (f. 3 Archivo 03 ED), realmente nada se logra extraer con respecto a la información brindada sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado del RMPD 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 el afiliado 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, circunstancia que tampoco emerge del interrogatorio de parte practicado al demandante (Min. 26:59 a 31:40 Archivo 32 ED), en el cual no se observan afirmaciones que lo perjudiquen.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tomara la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, imponerle 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 los afiliados.

Ahora bien, también es pertinente señalar que, la antigüedad de la vinculación al RAIS del accionante, no tiene la entidad de sanear la afiliación irregular, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando aquel se afilió a la AFP, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, el cual no se convalida con el paso del tiempo, ni por traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, 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 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 cual se materializó el traslado inicial del demandante, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, 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 2° de la Ley 797 de 2003.

En ese sentido, 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 la misma línea, como 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 especialmente en el RPMPD, ello implica 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.

Sin embargo, lo anterior dista de las órdenes precisadas por el fallador de primera instancia, que consideró viable imponer a la AFP del RAIS el pago a título de perjuicio, de la prestación pensional propia del RPMPD, mientras aquella cumple con el pago de un cálculo actuarial por dicha pensión a favor de **COLPENSIONES**, solución que como lo menciona el apelante, no se atiene a la postura jurisprudencial del órgano de cierre, que de tiempo atrás viene siendo pacífica, reiterada por ejemplo en la Sentencia SL2613-2022 en la que resolvió:

*“(…) En el presente asunto, el a quo declaró la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS; en lo que hace a las consecuencias de la precedente declaración, la Sala precisa que se concretan **a que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes del acto ineficaz, con los efectos jurídicos y económicos que comporten**, tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1688-2019, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, lo que en la práctica significa que el traslado nunca ocurrió.*

(…)

En efecto, de cara a los efectos jurídicos que conlleva la ineficacia del acto, la Corte ha precisado que:

La declaratoria de ineficacia, hace que las partes, en lo posible, vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021) (...)” (Negrilla y Subraya de la Sala).

Desde esa órbita, razón le asiste razón a la recurrente en los motivos de inconformidad con el fallo inicial, toda vez que de entrada devienen improcedentes el grueso de las disposiciones adoptadas en la parte resolutive de tal decisión, en tanto supone la declaratoria de un perjuicio económico, del que señala como responsable a la AFP, y al mismo tiempo impone, puntualmente a **COLFONDOS S.A.**, a pesar de tener como ineficaz su traslado al RAIS, a pagar, de ser el caso, la pensión de vejez en los términos que le hubiere sido otorgada al actor en el RPMPD, continuando con la imposición de unas gestiones actuariales y económicas a efectos de lograr la subrogación posterior del pago de la prestación en cabeza de **COLPENSIONES**, y luego finaliza autorizando a la AFP del RAIS, a descontar de ese cálculo actuarial a trasladar al RPMPD “los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este”, disminuyendo en ese monto el valor de los recursos que deben remitirse al fondo común.

Con tales disposiciones se dejan de lado las particularidades del sistema general de pensiones y sus distintos regímenes, así como el funcionamiento de estos, siendo incluso el resolutive confuso al procurar el acceso a una determinada pensión, pagadera por una entidad respecto de la cual se concluyó que se entiende ineficaz la afiliación, sin embargo, tampoco retrotrae las situaciones al estado inicial, sino que deja en el RAIS los aportes y demás emolumentos, a cambio de un título pensional que procede ante empleadores omisos en la afiliación al sistema de seguridad social, todo lo cual lleva a la ineludible modificación y revocatoria de varias cuestiones de la decisión inicial; y finalmente, el perjuicio que advierte fue ocasionado al accionante por la administradora del RAIS, se deja cargado al monto del cálculo actuarial que debe otorgarse a **COLPENSIONES**, pues autoriza descuentos por parte de la AFP, con lo que hace recaer en el fondo común las consecuencias de la omisión de la AFP del RAIS.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló en Sentencia SL1019-2022 los lineamientos vertidos al respecto, a saber:

“(…) i) la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, **lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.***

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones. (…)”. (Resaltos fuera de texto).

La anterior conclusión conlleva, como se dijo, el efecto natural y obvio propio de la ineficacia del *acto de selección de régimen pensional*, por omisión en el deber de información, que apunta a desconocer el traslado así realizado, retrotrayendo la situación al momento anterior a dicho acto, lo que de este modo conduce a la revocatoria de varios aspectos de la sentencia de primera instancia, entre estos, la concesión del derecho pensional en favor del demandante en la forma *sui generis* dispuesta por el *A quo*, por encontrarse en disonancia con lo que ha delineado la reiterada y pacífica jurisprudencia del Alto Tribunal en esta clase de procesos, e inusitado de cara a las particularidades que definen cada uno de los regímenes del sistema general de pensiones, en cuanto a la forma como se construyen y definen las prestaciones en uno y otro.

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 razón para que **COLFONDOS S.A.**, no traslade al régimen de prima media todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, 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 RMPD, 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 esa 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 del demandante, deba disponerse su afiliación al RMPMD, 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 RMPMD. 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, 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, le asiste razón al fondo privado apelante en torno a las inconsistencias evidenciadas en la sentencia materia de apelación, y, por consiguiente, procede la Sala, en primera medida, a modificar el numeral cuarto, a efectos de precisar que la ineficacia declarada recae sobre el traslado de régimen efectuado por el demandante desde el RPMPD al RAIS, y en ese sentido, ordenar a **COLPENSIONES** que active la afiliación de esta al RPMPD.

Así mismo, se revocarán los numerales segundo, tercero, y quinto a décimo primero, para en su lugar, disponer que **COLFONDOS S.A.** traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales. Y con cargo a sus propios recursos, lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliado a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, las cuales deberán ser recibidas por la administradora del RPMPD.

De igual forma, 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 considera procedente adicionar la decisión para ordenar que, al momento de cumplirse dicho mandato por parte de la AFP, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme a lo normado en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016 (SL1563-2022, SL1928-2022, SL4070-2022, SL4201-2022, entre muchas otras).

En relación con la excepción de prescripción de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que además hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional (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).

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

En lo atinente al segundo problema jurídico, esto es, el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, advierte la Sala que, contrario a lo sostenido por el Juez de primer grado, el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que lleva a la revocatoria parcial del numeral primero de la decisión de primer grado, ya que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad, habida consideración que nació el 5 de septiembre de 1955 (f. 2 Archivo 03 ED); y de otro lado, de acuerdo con los certificados laborales e historia tradicional del ISS vertidos a folios 12 a 25 Archivo 03 ED, a corte el 1º de abril de 1994, el promotor de la acción solo tenía en su haber 396 semanas cotizadas, que representan mucho menos de los 15 años exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como segundo supuesto de hecho necesario para acceder al beneficio del régimen de transición.

En consonancia con lo anterior, no hay duda que la norma rectora del derecho pensional del demandante lo es el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, para el caso de los hombres, que tienen derecho a la pensión de vejez cuando alcancen los 60 años de edad, la que se incrementará a 62 años a partir de 1º de enero de 2014; y que hubieren cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, las que a partir del 1º de enero del año 2005 se incrementaron en 50 semanas, y desde el 1º de enero de 2006 se incrementaron en 25 semanas cada año, hasta llegar a 1.300 semanas a partir del año 2015.

Tenemos entonces que, el señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** cumplió los 62 años de edad el 5 de septiembre de 2017, y acumuló para ese momento un total de 1.404,29 semanas de las 1.568,29 reportadas en su historia laboral (Archivo 02 ED Tribunal), suficientes para alzarse con el derecho a la pensión pregonada, a razón de 13 mesadas anuales, como quiera que su causación se da con posterioridad al límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Sobre la efectividad del derecho, de la relación de aportes obrante en el Archivo 02 ED Tribunal, se observa que el demandante, con posterioridad a 2017, año para el cual presenta corte de cotizaciones en la historia aportada con la demanda, realizó un número considerable y continuo de aportes, extendiéndose, según se tiene noticia, hasta septiembre de 2022, sin que a la fecha se advierta reporte de novedad de retiro, circunstancia a la que se suma que en su interrogatorio el señor **VÁSQUEZ CORREA** aceptó continuar activo, vinculado mediante contrato de prestación de servicios (Min. 26:59 a 31:40 Archivo 32 ED), motivo por el cual el disfrute del derecho surge a partir de la desafiliación del sistema de pensiones, de acuerdo con lo presupuestado en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

En ilación con lo antedicho, procede impartir a la entidad la orden atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor del accionante, una vez acredite su desvinculación del sistema, la que se reconocerá en los términos de la Ley 797 de 2003, liquidada bajo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos (2) ofrecidas por esta disposición, para la liquidación del ingreso base (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

Dicha postura, esto es, la disposición del otorgamiento pensional en las condiciones anotadas tratándose de afiliados activos, ha sido decantada por la Sala de Casación Laboral en el extenso de sus pronunciamientos, y recientemente en la sentencia SL3896-2022.

En virtud de lo anterior, resulta claro que no hay lugar al reconocimiento de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, perseguidos por el demandante, por cuanto fue solo hasta el fallo judicial que surgió el deber a cargo de **COLPENSIONES** de proceder con el reconocimiento pensional, por lo que no se le puede endilgar una conducta omisiva que dé lugar a la remuneración moratoria.

Ante esa intelección, habrá de ordenarse la indexación del retroactivo resultante, con la finalidad de paliar los efectos devaluativos que sobre la moneda se generan a causa del paso del tiempo, con la posibilidad de descontar los aportes con destino al SGSSS (Art. 143 de la Ley 100 de 1993). Igualmente, **COLPENSIONES** estará autorizada para que, del retroactivo a cancelar descuenta lo correspondiente por aportes en salud, tal como quedó definido en la sentencia de estudiada.

Finalmente, en cuanto al reproche de **COLFONDOS S.A.** frente a la condena en costas impuesta en primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón en lo alegado, porque debe recordarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición, justamente está atada a las results 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; recordándose aquí que la necesidad del accionante de acudir a la presente litis, surgió a raíz de su traslado desinformado al RAIS, situación en la que quedó sumido por las omisiones de las AFP de este régimen.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se revocará parcialmente y modificará la sentencia en los aspectos descritos, incluido lo atinente al derecho pensional, el cual se reconocerá en los términos descritos. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso de la AFP.

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: REVOCAR parcialmente el numeral **PRIMERO** de la Sentencia del 3 de agosto de 2023, proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en cuanto le reconoció al señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** el carácter de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto tal como se concluyó en este proveído, el actor no goza de dicho beneficio.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la providencia estudiada, el cual quedará así:

*“(…) **CUARTO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** desde el ISS a **COLFONDOS S.A.**, considerándose así que este continuó afiliado al RPMPD en **COLPENSIONES** (…).”*

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO, y QUINTO a DÉCIMO PRIMERO** de la sentencia recurrida, para disponer en su lugar:

- **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a que traslade a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, con todos sus frutos, rendimientos y bonos pensionales.

Y con cargo a sus propios recursos, trasladará a **COLPENSIONES** lo recibido por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que estuvo afiliado el demandante a dicha entidad, sumas estas que deben pagarse debidamente indexadas.

- **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** que, al momento de cumplir con la devolución de los distintos conceptos ordenados, proceda a especificarlos, discriminando sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.
- **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba de **COLFONDOS S.A.** los dineros antes mencionados y los integre al fondo común que administra, para que eventualmente financie la prestación económica a que este tenga derecho; y que refleje en la historia laboral del demandante con los ingresos base de cotización correspondientes, el periodo que permaneció vinculada al RAIS.
- **DECLARAR** que el señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con

lo establecido en la Ley 797 de 2003, con derecho a 13 mesadas anuales, y sin perjuicio de los incrementos de Ley.

- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar al señor **CARLOS FIDEL VÁSQUEZ CORREA** la pensión de vejez, la cual será calculada por la citada entidad, bajo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándole la opción más favorable de las dos (2) ofrecidas por esta disposición (promedio de 10 años o toda la vida laboral), teniendo en cuenta hasta la última semana cotizada.

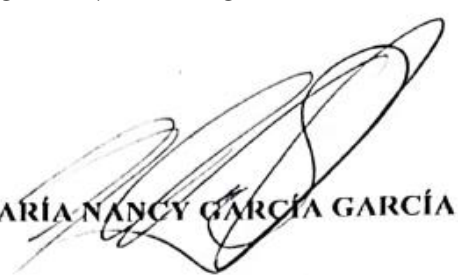
El retroactivo resultante deberá ser cancelado debidamente indexado, y estará autorizado **COLPENSIONES** para descontar los aportes a salud correspondientes.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL