



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE(S):	JOSE SAID REYES GARZÓN
DEMANDADO(S):	COLPENSIONES Y OTROS
RADICADO:	050013105 – <u>003-2021-00243 – 01</u>
ACTA N°:	102

En la fecha indicada, la Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ, DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN y JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **JOSE SAID REYES GARZÓN** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y MINISTERIO DE DEFENSA** para pronunciarse en virtud de los recursos de apelación de **COLFONDOS S.A.**, del **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **esta entidad** frente a la sentencia con la cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 102** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i) Se DECLARE la INEFICACIA** de la afiliación al RAIS realizada a COLFONDOS S.A. Se **DECLARE** que permaneció afiliado sin solución de continuidad en COLPENSIONES asistiéndole el derecho a la pensión de vejez conforme a la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003. **ii) Que se CONDENE** a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional en caso de estar redimido, los rendimientos financieros, y a COLPENSIONES a imputar esta información en la historia laboral del actor. Adicionalmente a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, al pago del retroactivo junto con las mesadas adicionales, y al pago de los intereses moratorios. **iii) Que se CONDENE** a COLFONDOS S.A. al pago de la indemnización de perjuicios, y a las demandadas al pago de las costas procesales.

¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01EscritoDemanda0320210243 20210617 / Págs. 5 – 25

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** JOSE SAID REYES GARZON nació el 11 de agosto de 1957, cumpliendo 62 años el mismo día y año del 2019. Inicio su vida laboral como soldado entre el 01 de marzo de 1976 y el 10 de marzo de 1978, equivalente a 104,28 semanas, tiempo sobre el cual no se efectuó ningún aporte y está a cargo del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. **ii)** Se afilió al ISS el 13 de mayo de 1986 donde permaneció hasta el 31 de agosto de 1994 cotizando 348,57 semanas. Se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A. el 29 de agosto de 1994 cuando trabajaba para la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá. **iii)** Al momento del traslado no se le brindó un análisis de su situación pensional con un comparativo entre los regímenes pensionales o sobre el derecho de retracto, ni las desventajas del fondo privado. Asegura que solo se le explicaron las ventajas y le fue entregada información parcializada e incompleta lo que atentó contra su derecho a la libre escogencia. **iv)** Expone que el engaño al que fue sometido por COLFONDOS le ha causado un estado de constantes preocupación de cara a la cuantía de la pensión de vejez ofertada en el RAIS, atentando contra su proyecto de vida y el de su familia con lo que se han causado perjuicios morales y patrimoniales por daño emergente respecto de la diferencia de la mesada pensional, daño emergente futuro respecto al retroactivo pensional desde que cumplió los requisitos y sobre los gastos en los que incurrió para asesoría profesional en este proceso.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.²

La entidad **se opuso a la prosperidad de las** declaraciones y condenas y en especial a la que declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante. Propuso como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A., PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR NULIDAD DEL TRASLADO.

2.2. COLPENSIONES³

La administradora del Régimen de Prima Media **se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones** por carecer estas de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones: IMPOSIBILIDAD DE PAGO DE INTERESES MORATORIOS; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, POR AUSENCIA DE UNO DE LOS REQUISITOS LEGALES

² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 15ContestacionColfondos0320210243 / Págs. 1 – 22

³ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 12ContestacionColpensiones0320210243 / Págs. 4 – 21

PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ; IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PRECEDENTE JUDICIAL Y LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA; DECRETO 720 DE 1994 – RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES; PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; LA GENÉRICA.

2.3. MINISTERIO DE DEFENSA⁴

Integrado como litisconsorcio necesario por pasiva mediante auto del **29 de noviembre de 2021**⁵ se opuso a todas las pretensiones declarativas y de condena, adicionalmente afirma ser respetuosa de lo que se pretende reclamar en la Litis, pues de la narración de los hechos y las pretensiones no se denota ninguna frente a ella. Propuso como excepción: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

3. SENTENCIA⁶

En la audiencia del **05 de octubre de 2022** el **JUEZ TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones⁷: **i) DECLARÓ** que la AFP COLFONDOS SA no dio información veraz, oportuna y suficiente a JOSE SAID REYES GARZÓN al momento de este trasladarse del RPM al RAIS ni a lo largo de toda su afiliación y causó grave daño perjuicio o menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante, **declarando** la responsabilidad constitucional y profesional. **ii) DECLARÓ** la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del RPM con prestación definida cuando se trasladó del seguro social a COLFONDOS SA en 1994 y que sigue inmerso en el RPM a cargo de esa AFP por lo que **ABSOLVIÓ** de todas las pretensiones a COLPENSIONES, sin perjuicio de unas ordenes que a continuación profiere. **iii) ORDENÓ** a COLFONDOS SA que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite el demandante le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPM y que dentro del mes siguiente solicite a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional, entidad a la que **ORDENÓ** que dentro de los dos meses elabore cálculo actuarial y dentro de ese mismo lapso lo presente a COLFONDOS SA, entidad que dentro del mes siguiente debe proceder al pago real y efectivo. **iv) ORDENÓ** a COLFONDOS SA que hasta tanto no pague real y efectivamente el cálculo del valor actuarial pensional a COLPENSIONES, queda obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPM al demandante. Y que COLPENSIONES subrogará en tal obligación a COLFONDOS SA desde el momento y hora en que reciba el pago real y efectivo del valor del cálculo actuarial pensional ordenado. **AUTORIZÓ** a COLFONDOS a enjugar parte del cálculo actuarial pensional tomando para sí 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. **v) DECLARÓ que no prosperan** las excepciones propuestas por COLFONDOS SA y sí prospera la de

⁴ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 22ContestacionMinisterio0320210243

⁵ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 16DaContestadaIntegra0320210243DD

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 32ActaOralidadcompleta 2021-243

⁷ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 34Audienciacompleta05-10-2022 / Min. 02:25:29

COLPENSIONES sobre intransmisibilidad de responsabilidad de la AFP a dicha entidad y condenó en COSTAS a cargo COLFONDOS SA

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. RECURSO DE APELACIÓN DE COLFONDOS S.A.⁸

Interpone recurso de apelación frente a la providencia solicitando la revocatoria en su totalidad y si la corporación considera procedente la ineficacia que la única obligación sea el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual y los emolumentos que se consideren pertinentes. Alega que el despacho excedió los límites de su competencia, pues emitió pronunciamientos que nada tienen que ver con las pretensiones del demandante por fuera de las facultades ultra y extra petita, señalando que las condenas impuestas no solo son contrarias a la ley sino por fuera de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

4.2. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES ⁹

Cuestiona el numeral 4 de la sentencia sobre la inaplicabilidad constitucional de la pérdida del RPM y los numerales 7 y 8 sobre el cálculo actuarial con miras en la subrogación pensional señalando que con la decisión se está generando un grave daño a los recursos públicos y un desequilibrio económico. Cita la sentencia C-1024 de 2004 para indicar no hay prueba de que el actor se haya acercado a COLFONDOS antes de cumplir la edad de pensión pues solo lo hizo en 2019 y cuando le dijeron que su pensión sería del mínimo fue que optó por demandar.

4.3. RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDANTE¹⁰

Se plantea que en el hipotético que la sentencia sea revocada se aborde el estudio de los siguientes puntos: i) El relativo a la ineficacia del traslado que era la pretensión primigenia que convocaba este pleito porque el fondo de pensiones incumplió con sus obligaciones de información que se encuentran regladas en las disposiciones normativas, esto es el art. 5 del decreto 656 del 94, art. 97 y 98 del decreto 663 del 93, art. 12 y 15 del decreto 720 del 94, el 14 del 656 del 94, y la sanción impuesta a la ineficacia que es la reglada en el art. 271 de la ley 100 del 93. ii) Bajo esta premisa, el actor debe retornar al RPM con prestación definida y entrar a verificar el requisito de pensión, señalando que en el plenario obra prueba suficiente con la que se acredita la causación del derecho: Cuenta con más de 62 años de edad y más de 1300 semanas. iii) Y de considerar que es COLPENSIONES el que tiene que pagar la pensión de vejez ello conlleva a analizar si el fondo incurrió en perjuicios, señalando que los fondos son responsables por culpa leve.

⁸ Carpeta 01PrimeralInstancia / Archivo 34Audienciacompleta05-10-2022 / Min. 02:29:55

⁹ Carpeta 01PrimeralInstancia / Archivo 34Audienciacompleta05-10-2022 / Min. 02:37:12

¹⁰ Carpeta 01PrimeralInstancia / Archivo 34Audienciacompleta05-10-2022 / Min. 02:49:36

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia¹¹ intervino el apoderado de **COLFONDOS S.A.**¹² **insistiendo en** que se **REVOQUE** en su integridad la sentencia para en su lugar **ABSOLVER** a la AFP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos del recurso

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se REVOQUE y/o MODIFIQUE el fallo por la primera instancia en las condenas que resulten desfavorables a COLPENSIONES¹³ y en caso de dar aplicación a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral y declarar la ineficacia por falta del deber de información que tienen las AFP, se condene al fondo entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos específicos completos que generaron los recursos en la RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, los seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto a consideración del despacho. Es decir, no solo el saldo del CAI sino todos los recursos con los respectivos rendimientos generados con la afiliación a la RAIS indexados de conformidad con la sentencia **SL 782 de 2021 y SL 3202, SL 3709, SL3710, SL 3769 de 2021.**

Finalmente, el **MINISTERIO DE DEFENSA** interviene con los mismos planteamientos de la contestación de la demanda, afirmando la FALTA DE LEGITIMACION por pasiva¹⁴

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud de los recursos de apelación interpuestos por el **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A., COLPENSIONES** y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **esta entidad**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: **En primer lugar**, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe REVOCARSE la DECISION adoptada en primera instancia y en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE y en consecuencia, DECLARAR que este se encuentra afiliado a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y en qué términos debe ser la orden a PORVENIR S.A. en relación con las sumas a trasladar a la administradora del régimen de prima media. En **segundo término**, se analizará lo referente a las pretensiones de pensión de vejez, intereses moratorios o indexación, indemnización de perjuicios y costas.

¹¹ numeral 1 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020

¹² Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 14AlegatosColfondos / Págs. 1 – 16

¹³ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 17AlegatosColpensiones

¹⁴ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 23AlegatosColpensiones

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º 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.***

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir «libre y voluntariamente»** aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020, SL 2208 -2021 – SL 3871-2021- SL 5686-2021- SL 5688-2021- SL 1055-2022** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014**, y el **Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de

suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.

- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a esta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al “DEBER DEL BUEN CONSEJO” en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.
- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en

la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen De Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen De Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

7.1. LA INEFICACIA DE TRASLADO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) JOSE SAID REYES GARZON** nació el **11 de agosto de 1957**, por lo que en este momento cuenta con **66 años**¹⁵. **ii)** Se afilió inicialmente al RPM desde el **13 de mayo de 1986** hasta el **31 de agosto de 1994**, régimen en el que cotizó de manera interrumpida con diferentes empleadores **348,57 semanas**¹⁶. **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL suscribiendo formulario con solicitud de vinculación a **COLFONDOS S.A.** el **29 de agosto de 1994** y en ese momento laboraba en METROMED¹⁷.

Las demandadas han afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por el actor, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de

¹⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 01EscritoDemanda0320210243 20210617 / Pág. 26

¹⁶ Carpeta 01PrimeraInstancia / Subcarpeta AnexoPruebas / Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2124-20211108093644 / Pág. 1

¹⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 01EscritoDemanda0320210243 20210617 / Pág. 45

aquel documento, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como *"la afiliación se hace libre y voluntaria"*, *"se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones"* u otro tipo de leyendas de esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (**CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020**).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **JOSE SAID REYES GARZON**, éste tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si el demandante era beneficiario o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares, y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que, en el régimen de prima media, el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 60 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 62 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar

que ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia. v) También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces debía seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA. vi) Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Así, no comparte la Sala los planteamientos esbozados en la providencia que se revisa: En **primer lugar**, se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada al actor antes de suscribir el formulario de traslado de régimen. La Jurisprudencia nacional ha reiterado, entre otras, en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021, que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar en juicio el cumplimiento de ese deber de información.

En segundo término, en el proceso no se efectuó confesión en contra por el señor **JOSE SAID REYES GARZON**, reiterando a lo largo del proceso las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Y en relación con el análisis efectuado en la providencia que se revisa, referido a la **semejanza en el monto de la pensión de vejez en cada régimen**, la Alta Corporación también se ha pronunciado, en sentencias como la **SL 5686 – 2021** en la que indicó:

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

En consecuencia, conforme lo previsto en el **artículo 271** de la Ley 100 de 1993 y el reiterado y pacífico precedente judicial sobre la materia analizado en esta providencia, ha de **REVOCARSE** la decisión que se revisa, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN** en el caso del señor **JOSE SAID REYES GARZON**, por lo que **continúa afiliado sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida**. En adición, si bien fue objeto de pretensión en la demanda el reconocimiento de la pensión de vejez, la decisión adoptada no solo vulnera los principios de congruencia y debido proceso, sino que supera las facultades consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo¹⁸ al ordenar el pago de la prestación a cargo de COLFONDOS y luego de COLPENSIONES trasgrediendo el precedente unificado de la Sala de Casación Laboral para este tipo de procesos.

Debe destacarse que las ADMINISTRADORAS DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la

¹⁸ **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (Artículo declarado EXEQUIBLE, excepto el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-662-98**)

situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al **statu quo ante** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo **la ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al Régimen De Prima Media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **COLFONDOS S.A** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Por lo anterior, no se acogerá el argumento de **COLFONDOS S.A.** respecto a que no deben trasladarse los gastos administración y prima de seguro previsional amparándose en el **Concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia** que en manera alguna tiene carácter vinculante¹⁹ y en el que se invoca el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 norma que fue expedida para efectos de traslado en asuntos referentes a multifiliación²⁰,

¹⁹ **“ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS.** <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

²⁰ **Decreto 3395 de 2008 ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN.** <Artículo compilado en el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016> Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incurso en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener

situación que no corresponde a la aquí ventilada. **viii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **ix)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el Régimen De Prima Media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse 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. Así, en este aspecto se MODIFICARÁ la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los **66 años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del señor JOSE SAID REYES GARZON**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, COLFONDOS S.A deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones.

7.2. LA PENSIÓN DE VEJEZ

Habiéndose concluido que en este caso procede la DECLARATORIA de INEFICACIA DEL

la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto

TRASLADO DE RÉGIMEN y decidido, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pasamos ahora analizar la pretensión de la demanda dirigida a que se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, por haber cumplido con los requisitos consagrados en el artículo **9 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993**.

Pues bien, en relación con el régimen pensional del DEMANDANTE, se observa lo siguiente: **i)** Se afilió al I.S.S. desde el 13 de mayo de 1986. A partir **de septiembre de 1994** continuó sus cotizaciones en COLFONDOS S.A. **ii)** De acuerdo con lo anterior, advierte la Sala que, tal como se indicó en el **acápito 7.1.** de esta providencia, no existe duda que el señor **JOSE SAID REYES GARZON** no es beneficiario del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994 no había cumplido 40 años de edad ni 15 años de servicio; en consecuencia, su régimen pensional es el definido en la **Ley 797 de 2003**. Y cumple con las exigencias del **artículo 9** acreditando más de **1300 semanas**²¹ y la edad mínima de **62** que alcanzó el **11 de agosto de 2019**²², fecha en la que se causó el derecho pensional, que por ser posterior al **31 de julio de 2011** genera el derecho a **13 mesadas al año**, en los términos del **AL 01 de 2005**. Por ello, se CONDENA al reconocimiento pensional.

En relación con el disfrute de la mesada: **i)** Si bien el derecho se ha causado, lo cierto es que el disfrute de la prestación está supeditado a que se produzca **el retiro del sistema** en los términos de los **artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990**, aplicables en virtud de lo previsto en el **artículo 31 de la Ley 100**. Y ha sido pacífico el entendimiento efectuado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la diferenciación entre estas dos categorías jurídicas, reiterando en innumerables oportunidades, que estas disposiciones consagran necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez. **ii)** Pero es cierto que el precedente se ha decantado para enfatizar que **la acreditación del retiro del sistema no amerita prueba solemne** y desde esa perspectiva, se puede verificar a partir del análisis del acervo probatorio, por ejemplo, cuando a pesar de que en la HISTORIA LABORAL no repose la Novedad de Retiro, la intención del actor de no seguir afiliado al sistema se pueda deducir o es constatable **desde el momento en que deja de cotizar**²³. **iii)** Pues bien, la HISTORIA LABORAL generada el **21 de enero de 2021**²⁴ con la que se acredita un total de **1438,43** semanas cotizadas hasta **diciembre de 2020** no permite inferir el retiro del sistema por el señor **REYES GARZÓN**, y es por ello que se

²¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 01EscritoDemanda0320210243 20210617 / Pág. 46

²² Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02ExpedienteDigitalizado0320180469 Pág. 29

²³ **SL2567-2018**. Radicación 58021 del 4 de julio de 2018. **SL3608-2018** del 18 de julio – Rad. 57021. **SL1744-2019** del 8 de mayo – Rad. 62362.

²⁴ PRIMERA INSTANCIA- archivo 01 – páginas 62 a 85

ordenará a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión a partir del momento en que éste opere de manera expresa o tácita. **iv)** Cumple acotar que del retroactivo pensional que se genera la demandada deberá hacer la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud que operan por ministerio de la ley conforme lo previsto en el inciso 3 del artículo 42 del Decreto 692 de 1994 y, por tal razón, no es necesario que medie una autorización judicial para el efecto (SL4698-2020).

En relación con **el valor de la mesada pensional** se ordenará a COLPENSIONES calcular el **IBL** teniendo en cuenta el promedio de los IBC de los últimos 10 años efectivamente cotizados o de todo el tiempo en los términos del **artículo 21 de la Ley 100 de 1993**, por tener más de 1250 semanas cotizadas; Y al más favorable, deberá aplicarse la tasa definida en el **artículo 10 de la Ley 797 de 2003** sin que pueda ser inferior a 1 salario mínimo legal mensual vigente. La pensión será reajustada anualmente en los términos del **artículo 14 de la Ley 100 de 1993**.

7.3. PRETENSIONES ACCESORIAS

No se condenará a intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES, pues si bien conforme a lo previsto en el **artículo 141 de la Ley 100 de 1993** es la entidad administradora del Sistema General de Pensiones que deba reconocer y pagar la pensión, quien debe reconocer además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago; sin embargo, se trata de una obligación que sustenta en una tardanza a ella imputable. En este caso, el actor solicitó la prestación a COLPENSIONES, pero para ese momento se encontraba afiliado a COLFONDOS, y es solo en el marco de este proceso que se ha decidido en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, que ha estado afiliado al régimen de prima media sin solución de continuidad. De este modo, en este proceso, no se ha acreditado incumplimiento o tardanza imputable a COLPENSIONES que justifique una condena en su contra por este concepto.

Pero lo que sí se advierte es que resulta procedente **CONDENAR** a la **INDEXACIÓN** del eventual retroactivo, porque las mesadas reconocidas y no pagadas en su oportunidad legal se encuentran afectadas por la devaluación de la moneda, derivada de una economía inflacionaria como la nuestra, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, lo que garantiza es que éste crédito no pierda su valor real. Así, se impone proferir una condena que ponga al demandante en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, tal como lo dispone el **artículo 16 de la Ley 446 de 1998** según el cual *«dentro de cualquier proceso que se surta ante la*

Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza en el marco de la protección especial de los derechos laborales y de la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda (**SL 359 -2021**).

8. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

La activa pretende se **CONDENE** a la **AFP COLFONDOS S.A.** a pagar perjuicios morales y materiales afirmando:

DÉCIMO TERCERO: Al actor le han causado perjuicios morales y patrimoniales, los primeros cuantificados al *arbitrio juris* y los segundos determinados en un daño emergente consolidado respecto de la diferencia en la mesada pensional que eventualmente se vea afectada por el fenómeno nocivo de la prescripción y en un daño emergente futuro relativo al retroactivo pensional desde que cumplió los requisitos de ley, los intereses sobre las mesadas pensionales adeudadas y a los gastos en que incurrirá el actor por la asesoría profesional conforme el contrato de prestación de servicios celebrado, honorarios que equivalen al 30% de las pretensiones reconocidas.

En el recurso se insiste en la condena a los **perjuicios materiales y morales** recabando en que éstos quedaron acreditados, señalando básicamente: **i)** El actor acudió al fondo privado para solicitar pensión de vejez quien hizo un comparativo diciendo que para el año 2019 que ya tenía requisitos no le alcanzaba para reunir el capital mínimo para gozar de una pensión, precisando que el daño se materializa en un retroactivo pensional que se ha venido perdiendo y que pudo haber recibido desde los 62 años de haber permanecido en el RPM lo que constituyendo un lucro cesante pasado que se causa hasta la fecha en que el tribunal resuelva el tema de perjuicios. Y un lucro cesante futuro hasta que COLPENSIONES reconozca la prestación económica, sumas que deben ser calculadas bajo los parámetros de materialización o cálculo de perjuicios establecidos por la Corte Suprema. **ii)** El daño moral son las angustias y trastornos psíquicos que sufre la persona con el hecho dañoso. El actor afirmó en el interrogatorio de parte que tiene 4 niños el menor de 28 meses y una esposa que muy seguramente es ama de casa “porque tiene treinta y pico de años” y “este señor se ha visto menguado en su posibilidad de disfrutar de sus hijos en una edad pensional y tiene que levantarlos”. **iii)** Finalmente invoca el artículo 206 del CGP expresando que fueron los perjuicios fueron estimados:

- \$44.751.748,00 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 11 de agosto de 2019 y el 30 de abril de 2021.
- 30% de honorarios pactados \$13.425.524.

Los valores en mención corresponden a los perjuicios patrimoniales a título de daño emergente consolidado a la fecha de liquidación de estos, es decir, a la fecha de radicación de la presente demanda, no obstante, el valor deberá ser actualizado por el juzgador a la fecha de cuantificación de los mismos, al igual que los perjuicios extra-patrimoniales conforme así lo consagra el artículo 206 del CGP,;

Pues bien, para efectuar el análisis debemos partir del **artículo 2341** del Código Civil que establece el principio general del débito resarcitorio en los siguientes términos: *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”*. De esta forma, quien comete un daño con dolo o culpa, está obligado a reparar la totalidad de los perjuicios que haya ocasionado.

El **artículo 10 del Decreto 720 de 1994** prevé la responsabilidad directa de las sociedades administradoras de pensiones por las infracciones, errores u omisiones en que incurran sus promotores en desarrollo de su actividad comercial, así:

Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.

Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Y el **artículo 4.º del Decreto 656 de 1994**, consagra que las administradoras del RAIS son *“responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”*.

Ahora, para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios causados a una persona, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) una conducta culposa de la AFP; ii) un daño y iii) un nexo de causalidad.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en **sentencia 093 del 2 de febrero de 2021**²⁵ manifestó que los elementos estructurales de la responsabilidad contractual son: “la existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado”. Y en **sentencia 397 del 22 de febrero de 2021**²⁶, sostuvo:

“La responsabilidad, en general, dimana del artículo 95, numeral 1º de la Constitución Política. Impone como deberes de la persona y del ciudadano *«[r]espeter los derechos ajenos y no abusar de los propios»*.”

El precepto recoge la máxima *qui iure suo utitur, neminem laedere debet*²⁷, según el cual, quien vulnere o incumpla sus obligaciones de conducta contractuales o extracontractuales, *impuestas en interés de otro o de varios sujetos de derecho, debe reparar el daño producido*.

Pues bien, de acuerdo con el análisis que se ha efectuado a lo largo de esta providencia, en criterio de esta corporación puede afirmarse la **conducta**

²⁵ Radicación: 11001-31-03-044-2012-00385-01, M.P: Luis Armando Tolosa Villabona,

²⁶ Radicación: 11001-31-03-036-2009-00278-01 M.P: Luis Armando Tolosa Villabona,

²⁷ El ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho.

culposa de la AFP COLFONDOS entidad que ocasionó el traslado de régimen de la actora, y que se deriva de la infracción de su deber de suministrar información transparente, objetiva, comprensible y completa a la demandante respecto a las condiciones y características de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que pudiese comprender a plenitud las consecuencias, beneficios y riesgos de estar afiliada a uno u a otro. Se analizó *in extenso* en el **acápite 6** de esta providencia sobre las funciones a cargo de las administradoras de pensiones y el hecho de que prestan un servicio público relacionado con derechos irrenunciables de las personas, lo que implica que en desarrollo de su actividad económica deben actuar de buena fe, ser transparentes en su gestión y leales con los usuarios que depositan su confianza en ellas desde el momento mismo de la asesoría inicial. Y se ha concluido que, en este proceso no se acreditó por la AFP COLFONDOS el haber obrado de ese modo.

Pero en criterio de esta corporación no se demuestra el daño, entendido como el menoscabo que la conducta dañosa irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima. Y tampoco se demuestra el **nexo causal**, que es el vínculo entre **la culpa y el daño**, en virtud del cual aquella se revela como la causa de este.

En efecto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y el sentido común, es claro que si la demandante hubiese recibido información suficiente, objetiva y completa de las características, condiciones, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales máxime en su caso que era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 lo que le hubiese permitido eventualmente pensionarse al cumplir los 55 años de edad, probablemente no se hubiese trasladado de régimen.

No obstante, en este proceso se ha declarado la ineficacia del traslado de régimen, se ha condenado al pago de una pensión de vejez a partir del momento en que el señor **REYES GARZÓN** se retire del sistema general de pensiones sin que se hubiesen acreditado las razones que le han llevado a tomar la determinación de **continuar cotizando con posterioridad a la causación del derecho**:

No puede perderse de vista que en el Régimen de Prima Media, el **monto** de la mesada pensional se incrementa en razón de la cantidad de semanas cotizadas acreditando **1438,43** hasta **diciembre de 2020**, siendo claro que bajo los parámetros del artículo 10 de la Ley 797, por cada 50 semanas adicionales a las 1300 se incrementa el monto inicial en un 1.5%, pudiendo llegar a un monto del 80% que aún no ha superado.

Y que para calcular el **IBL** se tiene en cuenta hasta la última semana cotizada, acreditándose en su caso a partir de los IBC reportados que los de los últimos años resultan ser superiores, lo que permite inferir que en su caso es más favorable el promedio de los IBC de los últimos 10 años que el de toda la vida (artículo 21 de la Ley 100).

De este modo, no se acredita el perjuicio material alegado en la demanda a título de lucro cesante, al no haberse demostrado las razones que le han llevado a efectuar cotizaciones con posterioridad a la causación del derecho cuando arribó a los 62 años de edad, siendo claro que todas las semanas cotizadas tendrán incidencia en el valor final de la prestación y se ha condenado al reconocimiento de un retroactivo pensional a partir del cese de cotizaciones.

Respecto a la afirmación que se hace en la demanda referida al pago **de los honorarios pactados por el demandante con su apoderado con ocasión de este proceso**, baste señalar que conforme lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, en los procesos en que haya controversia se causa la condena a la parte vencida en el proceso. Se trata entonces de aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto, que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que para este caso, lo es el extremo pasivo. De esta forma, la condena en costas contiene una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir.

Y tampoco encuentra esta corporación el daño moral alegado. En la demanda se expresó al respecto:

DÉCIMO SEGUNDO: Expone mi mandante, que el engaño proveniente de COLFONDOS S.A lo ha sumido en un estado de constante preocupación y desazón, de cara a la cuantía de pensión de vejez ofertada, lo cual, materializa la falsa información recibida en la antesala del traslado, en contraste con las condiciones pensionales que hubiese percibido en el RPMPD, situación que contraría en sumo grado su proyecto de vida y el de su familia.

Estas afirmaciones de la demanda en manera alguna precisan el alcance de un perjuicio moral ni definen de qué forma se concreta, siendo claro que éste no presume de modo que, ante el incumplimiento de la carga probatoria no procede condena alguna sobre esta pretensión; debiéndose enfatizar que las afirmaciones del actor en la diligencia de interrogatorio de parte no encuentran respaldo

probatorio en el proceso y de ese modo evidenciar que se encuentre acreditado el daño y nexo de causalidad para irrogar una condena por este concepto.

8.1. Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia sólo se CONDENÓ en COSTAS a COLFONDOS S.A. decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad, y es quien finalmente resulta vencida en el proceso al no haber acreditado el haber brindado la información suficiente previa al traslado de régimen, lo que generó la declaratoria de ineficacia de ese acto jurídico. **ii)** Al prosperar los recursos de apelación, en esta instancia no se causaron costas. (**artículo 365 CGP numerales 1 y 3**)

9. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín para en su lugar proferir las siguientes DECLARACIONES y CONDENAS:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el señor **JOSE SAID REYES GARZON** identificado con c.c. 19.274.808 al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. suscrita el 29 de agosto de 1994, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
- **CONDENAR** a la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A a trasladar a COLPENSIONES, dentro de los **30 días siguientes** a la ejecutoria de esta providencia, **la totalidad del capital ahorrado, junto los rendimientos financieros.** Y se le CONDENAN a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluyendo así: CUOTAS DE ADMINISTRACION, PRIMAS PARA SEGURO PREVISIONAL y las SUMAS DESCONTADAS PARA GARANTIA DE PENSION MINIMA** debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

En caso de haberse redimido el bono pensional del demandante, se **ORDENA** a **COLFONDOS S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE

HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

- **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación del señor **JOSE SAID REYES GARZON** al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, recibir las sumas ordenadas en esta providencia y actualizar la historia laboral del demandante, incluyendo los períodos que fueron cotizados en el RAIS.
- **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor **JOSE SAID REYES GARZON** calculando su valor en los términos del **artículo 21 de la Ley 100 de 1993** con el más favorable entre los promedios de los IBC de los últimos 10 años cotizados o de toda la vida, por tener más de 1250 semanas cotizadas y la tasa deberá estimarse según la fórmula definida por el legislador en el **artículo 10 de la ley 797 de 2003**, con 13 mesadas al año. La pensión será reajustada anualmente en los términos del **artículo 14 de la Ley 100 de 1993**.

La prestación debe reconocerse y pagarse a **partir del momento en que se efectuó el retiro expreso o tácito del sistema, de acuerdo con en el análisis efectuado en la parte motiva.** Del retroactivo pensional COLPENSIONES efectuará la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

Al momento del pago, la entidad reconocerá la INDEXACION de las mesadas que integran el retroactivo, con la fórmula y criterios definidos en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. de las demás pretensiones formuladas en su concretas

TERCERO: DECLARAR improbadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a las COSTAS de primera instancia. En esta instancia no se causaron costas.

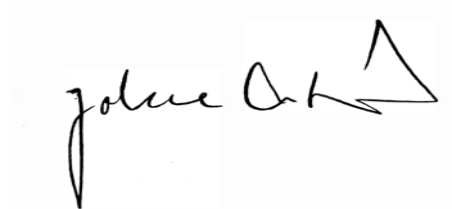
Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.



ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



DIEGO FERNANDO SALAS RONDÓN



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ